

ACUERDO FINAL DE PAZ Y LOS DERECHOS A LA VERDAD, REPARACIÓN Y
NO REPETICIÓN.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

DANIEL MORENO GONZÁLEZ

UNIVERSIDAD EAFIT

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

2019

ACUERDO FINAL DE PAZ Y LOS DERECHOS A LA VERDAD, REPARACIÓN Y
NO REPETICIÓN.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

PRESENTADO

POR

DANIEL MORENO GONZÁLEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para aspirar al título de

MAGISTER EN DERECHO PENAL

Asesor:

JUAN CARLOS ALVAREZ ALVAREZ

UNIVERSIDAD EAFIT

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

2019

Tabla de contenido

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
1. INTRODUCCIÓN	8
2. ANÁLISIS TEÓRICO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.	10
2.). JUSTICIA TRANSICIONAL:	10
2.1) ¿QUÉ ES?	10
2.2 FINES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL:	11
2.3) MECANISMOS UTILIZADOS EN LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL	12
2.3.1. JUSTICIA PENAL ORDINARIA	12
2.3.2 JUSTICIA HISTÓRICA O RECONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD:	15
2.3.3 LA JUSTICIA RESTAURATIVA	16
2.3.3.1 PAPEL DE LAS VÍCTIMAS	17
2.3.3.2 EL OFENSOR	18
2.3.3.3 LA COMUNIDAD	18
2.3.4 PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	19
2.3.5 PRÁCTICAS RESTAURATIVAS:	20
2.3.5.1 LAS CONFERENCIAS VÍCTIMA-OFENSOR:	20
2.3.5.2 CONFERENCIAS FAMILIARES:	20
2.3.5.3 LOS CÍRCULOS	21
2.3.5.4 LA REPARACIÓN	21
2.3.5.5 JUSTICIA ADMINISTRATIVA:	23
2.3.5.6 OTRAS MEDIDAS	23

3.	RECuento HISTÓRICO DE CASOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL	23
3.1).	ORÍGENES:	23
3.2	CASO NÚREMBERG:	25
3. 3)	PROCESOS EUROPEOS:	26
3.3.1	YUGOSLAVIA:	27
3.3.2•	MACEDONIA:	28
3.3.3.	HUNGRÍA	28
3.3.4 •	IRLANDA DEL NORTE:	28
3.4	PROCESOS EN ÁFRICA Y ASIA:	29
3.4.1	SUDÁFRICA:	29
3.4.2	MOZAMBIQUE:	30
3.4.3	UGANDA:	30
3.4.4	RUANDA:	30
3.4.5	INDONESIA:	31
3.4.6	BURUNDI:	31
3.5	LATINOAMÉRICA:	32
3.6)	PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA:	32
3.6.1	PROCESO DE “JUSTICIA Y PAZ”:	33
4.	ACUERDO FINAL ENTRE EL GOBIERNO COLOMBIANO Y LAS FARC-EP	34
5.	CRÍTICAS A LO PACTADO EN MATERIA DE TRATAMIENTO PENAL ESPECIAL.	39
5.1.1	ESTATUTO DE ROMA DE 1998:	40
5.2.	CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y PROTOCOLOS ADICIONALES	44
5.3	NORMAS INTERNACIONALES DE CREACIÓN Y REGULACIÓN DE TRIBUNALES DE JUSTICIA AD-HOC	47

5.3.1. TRIBUNAL ESPECIAL PARA RUANDA	47
5.3.2 TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA	48
5.3.3 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX YUGOSLAVIA (TPIY)	48
5.3.4 SALAS ESPECIALES DE JUSTICIA PARA CAMBOYA	49
5.4 ANÁLISIS CONJUNTO DEL ESTATUTO DE ROMA, CONVENCION DE GINEBRA DE 1949, PROTOCOLO II ADICIONAL DE 1978 Y NORMAS DE TRIBUNALES DE JUSTICIA ANALIZADOS.	49
6. MODELO DE JUSTICIA RESTAURATIVA ACORDADO EN EL ACUERDO FINAL COMO RESPUESTA A LAS GRAVES VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	52
6.1 ACUERDO FINAL DE LAS 2016 NORMAS SOBRE VERDAD, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN.	52
6.2. VERIFICACIÓN DE VERDAD EN CASOS DE RECONOCIMIENTO TEMPRANO ANTE LA SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD Y RESPONSABILIDAD.	54
6.3 ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2017	55
6.4 SENTENCIA C-579 DE 2013 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	56
7. MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL VS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN.	58
8. CONCLUSIONES.	61

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca a partir de un resumen de la concepción teórica de la justicia transicional y posterior recuento histórico de los principales casos de aplicación en el mundo y en Colombia realizar un análisis del sistema de justicia transicional pactado por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP en el Acuerdo final de Paz del año 2016, específicamente en la hipótesis de aceptación temprana de responsabilidad ante la Justicia Especial para la Paz por parte de los máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y crímenes de guerra, para con ello determinar si con los beneficios allí otorgados se respetan los derechos a la verdad, reparación y no repetición de las víctimas.

ABSTRACT

The present research starting from a summary of the theoretical conception of transitional justice and subsequent historical recount of the main cases of application in the world and in Colombia to carry out an analysis of the transitional justice system agreed upon by the Government of Colombia and the FARC-EP in the Final Peace Agreement of 2016, specifically in the hypothesis of early acceptance of responsibility before the Special Justice for Peace by those most responsible for serious violations of human rights, international humanitarian law and crimes of war, in order to determine if the benefits granted there respect the rights to truth, reparation and non-repetition of the victims.

¿Es el modelo de justicia restaurativa acordado una respuesta adecuada y suficiente para garantizar verdad, reparación y no repetición respecto de graves violaciones al DIH cometidas en el marco del conflicto armado interno?

1. Introducción:

En el año de 2012 el gobierno colombiano y el grupo FARC iniciaron la negociación de un acuerdo político con el cual se pudiera llegar a la rendición en armas de dicho grupo y su camino hacia la política el cual duró aproximadamente 4 años, hasta que en el mes de noviembre de 2016 se firma el pacto definitivo dentro del cual se regula un sistema especial de justicia transicional exclusivamente diseñado.

En el punto 5 del Acuerdo final para la Paz se pactó el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, dentro del cual se reguló el sistema de justicia transicional especialmente creado para ponerle final del conflicto con el grupo FARC y el cual recibió la denominación de “Justicia especial para la Paz”, donde se acordó se encargará principalmente de decidir sobre tres aspectos; en primer lugar sobre las solicitudes de amnistía e indulto de delitos conexos con los delitos políticos, en segundo lugar el procedimiento en caso que exista reconocimiento previo o durante el proceso judicial de responsabilidad en conductas propias del conflicto y por último el juzgamiento de las personas vinculadas con actividades delictivas respecto de las cuales no haya un reconocimiento voluntario de responsabilidad.

El trabajo de maestría parte de la hipótesis basada de aceptación de responsabilidad de manera libre y voluntaria ante la Sala de reconocimiento por la comisión de los delitos que no se encuentren contenidos en la Ley 1820 de 2016, que reguló las conductas antijurídicas que podrán ser objeto de amnistía, y que el Acuerdo final de paz adoptando el paradigma de la justicia restaurativa estableció que las penas consistirán en privación efectiva de la libertad no equiparable a la prisión, cárcel o medida de aseguramiento y unas medidas restaurativas según el lugar donde se cumpla la restricción efectiva, en un lapso de tiempo no mayor a 8 años, y en unos casos no mayor a 5 ni inferior en ningún caso a 3 años.

Y frente a dicha hipótesis el presente trabajo en primer lugar intentará dar respuesta al cuestionamiento sobre si ¿se deriva del Estatuto de Roma y de la Convención de Ginebra (protocolo) sobre el conflicto interno armado, la obligación de los Estados de imponer una sanción determinada para los delitos allí regulados?, concluyendo que no se exige la imposición de una pena determinada sino una voluntad de juzgamiento en unas condiciones que se expondrán más adelante, y de allí en segundo lugar se buscará responder si ¿Es el modelo de justicia restaurativa acordado una respuesta adecuada y suficiente para garantizar verdad, reparación y no repetición respecto de graves violaciones al DIH cometidas en el marco del conflicto armado interno?

Para lo cual el texto adopta la siguiente estructura; En primer lugar se analizará el marco teórico sobre la justicia transicional A) ¿en qué consiste la justicia transicional?, B) sus principales mecanismos; que a su vez se dividen en; la justicia penal, el sistema de verdad, y la justicia restaurativa, entre otras, C) orígenes y caso Núremberg, y, D) principales casos internacionales y, E) los procesos de justicia restaurativa en Colombia.

En segundo lugar, se explica la regulación frente al sistema de responsabilidad penal establecido en el acuerdo final por el Gobierno colombiano y el grupo armado de las FARC, específicamente en lo relacionado con la hipótesis de aceptación temprana de responsabilidad en delitos no establecidos en la Ley 1820 de 2017, en tercer lugar se realiza un comparativo entre el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, el protocolo II adicional a la Convención de Ginebra relativa a las normas para el conflicto armado interno, y regulación de las principales Cortes AD HOC internacionales en conflictos internos de países del mundo, con miras a determinar si de ello se deriva una obligación de imponer una sanción determinada por los delitos allí regulados.

En cuarto lugar, se analiza si el modelo de justicia restaurativa implementado por el acuerdo final para la paz cumple con los estándares como respuesta adecuada y suficiente para garantizar verdad, reparación y no repetición respecto de graves violaciones al DIH cometidas en el marco del conflicto armado interno, las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y crímenes de guerra cometidos por las personas que realicen aceptación temprana de responsabilidad en el proceso de Justicia Especial para la Paz.

Y por último se encuentran las conclusiones del trabajo donde se establece que los estándares internacionales exigen una voluntad del Estado de someter a la justicia a los máximos responsables de los delitos más graves cometidos en dicho contexto, y que para el caso de aceptación temprana el modelo de justicia restaurativa es adecuado y suficiente para garantizar verdad, reparación y no repetición al menos en el marco normativo, pero que será un desafío para el Congreso de la República y la Justicia Especial para la Paz velar para que lo pactado en el Acuerdo de Paz se cumpla.

2. ANÁLISIS TEÓRICO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.

2.). Justicia transicional:

2.1) ¿Qué es?

A lo largo de la historia de la humanidad, los grandes filósofos han intentado resolver la pregunta acerca de ¿qué es la justicia?, dando múltiples respuestas a esta pregunta.

El presente trabajo parte de la premisa no solucionada y nada pacífica que entiende que no existe una concepción unívoca de la justicia, sino que son varias, y por ello, se hace relevante y la restaurativa, para una mayor comprensión de lo que se pactó en los acuerdos de paz con la guerrilla de las FARC.

La Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 2013 citando al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, definió la justicia transicional como “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.”

La misma Corte Constitucional en Sentencia C-771 de 2011 definió la justicia transicional como:

“una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes”. (C-771, 2011)

De ambas definiciones podemos ver que “el problema de la justicia transicional surge dentro del contexto específico de una “transición”-es decir, un cambio en los ordenamientos políticos.” (TEITEL R., 2000). Es un cambio de una situación de vulneración masiva de derechos, por ejemplo, en el contexto de una guerra o un régimen político represivo a un estado de cesación del conflicto o de un régimen más liberal, tránsito de un estado al otro que requiere de un modelo de justicia y medidas especiales para permitir consolidar el nuevo momento mejor para esa sociedad.

Así es que en el contexto del conflicto: “Los mecanismos de *justicia transicional* se dirigen a restablecer los derechos de las víctimas, alcanzar la reconciliación nacional, fortalecer el Estado de derecho y consolidar el Estado democrático”. (C-379, 2016)

2.2 Fines de la Justicia transicional:

La Justicia Transicional, como mecanismo excepcional dentro de un Estado comúnmente se ha dirigido a conseguir unos propósitos, que por circunstancias de guerra o regímenes represivos de derechos humanos se encuentran desaparecidos o muy disminuidos, los cuales son: el fortalecimiento de la democracia, reforzamiento de la fuerza del ordenamiento jurídico, la reconciliación de la población y, por último se reconoce que en esa situación que se pretende superar se generaron unas víctimas que merecen y quieren ser reconocidas y reparadas , lo que implica de manera primordial que puedan conocer la verdad de los hechos victimizantes.

2.3). Mecanismos utilizados en la aplicación de la justicia transicional

La justicia transicional utiliza una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales encaminados a buscar soluciones y permitir el tránsito del estado anterior donde se daban las graves violaciones a los DD HH a un nuevo estado donde se pretende un cambio hacia lo ideal, bien sea cuando se ha aplicado para cambios hacia la democracia o como fin de una gran guerra.

Mecanismos que van dirigidos a determinar cada uno de los pilares que se exige para que el tránsito del estado anterior al nuevo sea exitoso y duradero, los cuales son: la justicia no sólo penal y administrativa, la verdad, reparación y garantías de no repetición de las graves violaciones. Lo anterior puede generar tensión entre el derecho a la paz y el derecho a la justicia, pero “existe actualmente consenso en torno a la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado en la definición de los mecanismos de justicia transicional, entre dos vertientes normativas en tensión.” (C-379, 2016)

Así que “los mecanismos, primero, deben propender por la reconciliación y la estabilidad, elementos asociados a la preservación de la paz; segundo, deben brindar confianza y seguridad jurídica a los otrora participantes del conflicto, pues, de no ser así, la eficacia de la transición entra en riesgo; y, finalmente, deben asegurar la eficacia de los derechos a la justicia, la verdad y a la reparación de las víctimas.” (C-379, 2016)

2.3.1. Justicia Penal ordinaria

Podría decirse a primera vista que la retribución es el principal y en muchos casos el único mecanismo para el tránsito de un régimen a otro, pero en realidad las características de cada momento coyuntural donde se presenta la aplicación de la justicia transicional han mostrado que se presentan unos dilemas, que la sociedad se plantea "castigo contra impunidad", "verdad contra justicia", "justicia contra paz". (TEITEL R. G., 2016).

Este aspecto presenta un dilema, una delgada línea para que con la implementación de la renovada justicia sujeta a los principios del Estado de Derecho, no se perpetúe la justicia política como venganza frente a los perpetradores del estado anterior, es así que “la aparente inflexibilidad de los dilemas planteados por los usos del derecho penal para los propósitos de un Estado de Derecho transicional, esclarece la razón por la cual las sociedades subsecuentes renuncian con frecuencia a su uso, y la motivación que ha dado lugar al desarrollo de una forma más limitada de sanción penal.” (TEITEL R., 2000).

Por lo anterior, es que “las transiciones implican cambios de paradigmas en la concepción de justicia.” (TEITEL R., 2000), se requiere que flexibilizando los principios del Estado de Derecho tradicional pero sin desconocerlo, se pueda adecuar el modelo para garantizar que se pueda cumplir con la verdad y reparación de las víctimas, incluso favoreciendo beneficios, penas menores o libertades.

Así una de las discusiones más arduas en la academia frente a la implementación de la justicia transicional, tiene que ver “con el castigo que debe imponerse durante el término de la transición partiendo de las razones que trascienden de las particularidades de un contexto político de un país y extendiéndose, adicionalmente, a los desarrollos contemporáneos existentes en cuanto a la conceptualización de la responsabilidad jurídica.” (TEITEL R., 2000)

Una de las soluciones a este dilema puede darse a través de lo que se denomina la priorización es decir, que “la prioridad es identificar aquellos individuos catalogables como los responsables de los peores crímenes, partiendo de aquellos que tienen el más alto nivel de responsabilidad en la comisión de los delitos más atroces.” (TEITEL R., 2000), lo cual a su vez, desarrolla ese principio rector de la proporcionalidad.

Así “la concepción de la justicia en periodos de cambio político es extraordinaria y constructivista: se constituye y se construye alternativamente por la transición.”. Por lo que “la concepción de la justicia que surge es contextualizada y parcial: lo que es considerado justo es contingente e informado por la injusticia que le precede.” (TEITEL R. , 2000)

La justicia transicional se encuentra delimitada por las analogías de la guerra y la paz y, simultáneamente, por el derecho internacional humanitario y el derecho nacional o local. (TEITEL R. , 2000)

La Corte Constitucional analizando el tema sobre el marco jurídico para la paz en la Sentencia C-579 del 2013 estudiando los principios de la ONU, en especial los del asesor Joinet, indicó que la justicia transicional:

“Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación. Como se subraya en el preámbulo de la estructura de principios, no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia; el perdón, acto privado, supone, en tanto que factor de reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella y el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento; en efecto, para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado”. (C-579, 2013)

Por eso, es que la aplicación del Derecho penal en los procesos de justicia transicional tiene unas características especiales que pueden derivar en un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, donde se puede imponer penas más bajas, hacer posible el otorgamiento de la figura de la libertad condicional, pero sin eximir de responsabilidad penal o civil frente a las violaciones más graves a los derechos humanos, y frente a los principales responsables.

En dicho sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-715 de 2012 analizó que frente a esta justicia especial se debe tener clara: “la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. (C-715, 2012)

Pero que frente a la prohibición de exoneración en procesos ordinarios de exclusión o disminución de las penas frente a graves violaciones a delitos contra los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, “solo puede tener excepciones en procesos de

justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan”. (C-715, 2012)

En conclusión, el sistema de justicia penal de las transiciones se diferencia de la justicia penal ordinaria en cuanto que, en aras de alcanzar la estabilización de la transformación, la paz-cesación de la violación a los derechos humanos, enfocar más sus esfuerzos hacia la reparación de las víctimas, la solución del conflicto social para que el mismo no se repita, y el pilar principal la verdad, factor este que es el segundo de los mecanismos de la justicia transicional.

2.3.2 Justicia histórica o reconstrucción de la verdad:

Este aspecto es esencial para los procesos de justicia transicional no solamente para materializar el derecho de las víctimas al acceso a la verdad, sino también como un aspecto fundamental para la búsqueda de la reconciliación real y del restablecimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico (C-579, 2013).

El jurista y doctrinante de derechos humanos Louis Joinet propuso dos tipos de medidas para el establecimiento de la verdad. Por una parte, propuso la creación de comisiones no judiciales de investigación con fines más epistemológicos que judiciales, en búsqueda de mayor facilidad y celeridad en la consecución de la información que la que puede lograrse en los tribunales de justicia, y por otra parte, propuso la conservación de esos archivos que soportan la verdad sobre las violaciones a derechos humanos.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-579 de 2013 analizó la importancia de las comisiones de la verdad, a su modo de ver:

“(i) su búsqueda de la verdad puede implicar la comprensión de las causas complejas de los abusos pasados contra los derechos humanos; (ii) una comisión de la verdad estará en condiciones de hacer recomendaciones sobre reformas institucionales; (iii) las acciones de

una comisión de la verdad se pueden vincular directamente a la reducción de la pobreza y del racismo, mediante la reparación y la rehabilitación; (iv) su enfoque sectorial con respecto a la reforma institucional y al desarrollo de largo plazo impulsa en sectores estatales y particulares la necesidad de emprender un proceso de reflexión y reformas institucionales; (v) una comisión de la verdad puede contribuir a largo plazo a la democratización y a la igualdad de respeto por todos los ciudadanos al poner en práctica en el proceso lo que predica en su resultado.”

Concluyendo así que la verdad no sólo constituye un derecho de las víctimas a saber porque sucedieron las cosas a ellos, a sus familiares o su entorno social, sino que también es uno de los pilares para que se pueda hacer el tránsito hacia una sociedad sin esas graves violaciones originadas en ese régimen o guerra permanente.

Por otra parte, uno de los componentes de la justicia transicional es el que se denomina “justicia restaurativa” que se confunde con la “justicia reparadora”, las cuales se explicarán a continuación y se denotarán sus diferencias:

2.3.3 La justicia restaurativa

Se puede decir que “La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.” (ZEHR, 2007)

También se puede decir que la “justicia restaurativa es un enfoque que considera necesidades y roles” (ZEHR, 2007), en otras palabras es un movimiento que busca replantear el papel de ciertas personas dentro del proceso, su intervención, y la manera que éstas pueden participar en la solución de su conflicto, pasar del paradigma de que la acción penal sólo pertenece al Estado y que sólo afecta a quien infringió la norma jurídico-penal, y empezar a plantearlo como un conflicto social que además del castigo que no se opone a este modelo, se busque la solución al problema ocasionado a la víctima y al entorno de esta, incluso a la sociedad.

Es por ello que “la justicia restaurativa amplía el círculo de los interesados, es decir, aquellas personas o partes con algún interés o rol directo en un caso o situación determinados, incluyendo no sólo al estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad” (ZEHR, 2007), tal como se explicará para cada uno a continuación.

2.3.3.1 Papel de las víctimas

Si consideramos que el crimen o delito es un perjuicio contra el Estado, como aquel desconocimiento o trasgresión a su ordenamiento jurídico, éste estaría tomando el lugar de los directamente afectados, quienes sin embargo tienen unas necesidades específicas que la justicia debería satisfacer. (ZEHR, 2007) una consideración como tal deja por fuera cuatro tipos de aspectos desatendidos, a saber;

El primero de ellos es la información, las víctimas comúnmente quieren saber ¿por qué sucedió? ¿Qué se ha hecho con posterioridad?, por lo que estas requieren un acceso directo a la información de lo ocurrido, y no las dadas oficialmente o en acuerdos.

Por su parte y conectado con el primero es importante que se le permita a las víctimas narrar su versión de los hechos, incluso varias veces tanto por razones terapéuticas que se conozca su verdad, y que los perpetradores entiendan lo que ocasionan en las personas con esos comportamientos.

Es común que las víctimas sientan que con el padecimiento del hecho negativo han perdido el control sobre sus vidas, y es importante que se involucren en el caso a lo largo del proceso judicial de manera que sientan que tienen de alguna forma el control de nuevo.

La restitución o reparación sirve para reivindicar que el papel de las víctimas, en parte es reconocimiento de quien perpetró el hecho antijurídico de reconocer lo malo de su acto y los efectos generados con el mismo. La reparación puede ser económica o simbólica mediante actos públicos.

2.3.3.2 El ofensor

EL sistema de justicia penal comúnmente se enfoca en la responsabilización y castigo del perpetrador del hecho, y pocas veces se busca mostrar al ofensor las consecuencias que sus actos conllevan en la vida de las personas que las padecen, y entiendan porque esos actos son negativos.

“La justicia restaurativa nos ha sensibilizado acerca de las limitaciones y las consecuencias negativas del castigo.” Incluso muestra que las personas que padecen de un castigo así sea muy severo no necesariamente asumen una responsabilidad activa real, puesto que este tipo de responsabilidad implica motivar al ofensor de que comprenda el impacto de sus acciones, y que busque reparar el daño ocasionado con las mismas. (ZEHR, 2007)

Así mismo la justicia restaurativa busca no sólo crear esa responsabilidad real activa sino también si se quiere resocializar al ofensor, debe solucionar problemas que éste pueda tener y se le comprenda; por lo que se requiere una “motivación para una transformación personal que incluya” el sanar sus heridas del pasado que contribuyeron a la realización de su conducta delictiva actual, ofrecer un tratamiento para sus adicciones o problemas, y “el fortalecimiento de sus habilidades y destrezas personales”. (ZEHR, 2007)

La justicia restaurativa no se opone a la reclusión para el ofensor, incluso considera en unos casos que es necesaria para edificar el sentimiento de responsabilidad activa, pero si busca que se concientice el papel de la misma, y se limite a lo estrictamente necesario, pues como se ha mostrado no necesariamente lleva a una solución de lo requerido por la víctima, ni a que el ofensor asuma su responsabilidad de manera consciente, y mucho menos a buscar que este solucione sus necesidades que lo llevaron a cometer el hecho.

2.3.3.3 La comunidad

En el esquema occidental de la justicia penal, el Estado ha asumido la representación del interés por la comunidad, pero en muchos casos se ha olvidado que las comunidades

requieren: “atención de sus necesidades como víctimas”, una “oportunidad para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros” y de una “motivación para asumir sus responsabilidades en pro del bienestar de todos sus miembros incluidas las víctimas y los ofensores, y fomentar las condiciones para crear y sostener comunidades sanas”. (ZEHR, 2007)

La justicia restaurativa asume un concepto limitado de comunidad, como aquella en la que el sujeto importe, una micro comunidad sobre la que recaen los efectos del daño y posibles problemas que pudieron llevar al ofensor a ello, siempre y cuando lo lesionado se corresponda con algo particular, frente a daños a los derechos humanos o bienes colectivos si entiende que es el Estado quien debe buscar la solución pero no como infracción a una norma sino como solución del daño a la sociedad.

2.3.4 Principios de la Justicia restaurativa

El principal cambio o visión frente a la concepción moderna occidental del delito, es que este no se define como una ofensa con el ordenamiento jurídico, bien jurídico o el Estado sino como “un acto dañino contra las personas y las relaciones interpersonales”, por lo que según esta visión este no genera responsabilidad sino que “las ofensas conllevan obligaciones”. (ZEHR, 2007).

En este sentido la justicia no sólo se concibe como una forma para que “el Estado determine culpabilidades e imponga castigos”, sino que se busca involucrar a “las víctimas, los ofensores y los miembros de la comunidad en un esfuerzo por enmendar el daño”, así el eje central de la justicia penal tradicional es “que los infractores reciban su justo merecido”, por su parte la esencia de la justicia restaurativa son “las necesidades de las víctimas y la responsabilidad activa de ofensor en la reparación del daño”. (ZEHR, 2007)

Por eso podemos decir que los tres pilares de la justicia restaurativa son: a) concebir el delito como un daño no sólo a la persona frente a la que directamente recae sino también la comunidad, b) de allí se derivan unas obligaciones, específicamente la de reparar el daño, sea económicamente o simbólicamente para una responsabilidad activa del ofensor, y c) la

participación de la víctima, la comunidad y el ofensor en la solución del conflicto generado por la conducta dañina y las circunstancias particulares que llevaron al mismo.

En conclusión, son cinco principios de la justicia restaurativa: “a) el eje central es el daño, b) atender las obligaciones que ello conlleva tanto para la víctima como para la comunidad, c) el uso de proyectos incluyentes y colaborativos, d) involucrar a todos aquellos que tengan interés legítimo en la solución del conflicto y, e) “procurar enmendar el mal causado”. (ZEHR, 2007).

1.3.5 Prácticas restaurativas:

Existen muchas prácticas que aplican los principios restaurativos, principalmente y debido a su origen en las comunidades originarias, estas son las que más aplican las prácticas restaurativas, las cuales entre muchas otras son:

2.3.5.1 Las conferencias víctima-ofensor:

En este caso se busca a través de un facilitador, quien escucha inicialmente a las partes por separado y genera una reunión en un espacio propicio, dirigido de manera equitativa para que se llegue idealmente a un plan de reparación.

1.3.5.2 Conferencias familiares:

En estas se amplía la cantidad de personas que se involucran, pues su fin más importante no sólo es reparar el daño sino buscar que el ofensor asuma la responsabilidad por sus acciones y cambien de comportamiento, aunque no excluye que también participen familiares de la víctima o miembros de la comunidad.

Este mecanismo de justicia restaurativa tuvo su origen en Nueva Zelanda en su comunidad originaria, y que a mitades de los años setenta fue implementado a su modelo de justicia juvenil.

2.3.5.3 Los círculos

“La práctica de los círculos surgió originalmente en las naciones aborígenes de Canadá” y “la corte del juez Barry Stuart fue la primera en reconocer a un círculo en un fallo oficial.” (ZEHR, 2007), en la cual se realiza un encuentro entre víctima, ofensor, familias, comunidad e incluso autoridades judiciales quienes como su nombre lo indica se sientan en un círculo y se le da la palabra a cada uno de los intervinientes para que cada uno sea escuchado y aporten a la solución de forma de reparar el daño causado.

2.3.5.4 La reparación

La Corte Constitucional en Sentencia C.-579 del 2013 recordó que “la reparación no siempre es monetaria, sino que puede consistir en la restitución de los derechos de las víctimas, programas de rehabilitación y medidas simbólicas, como disculpas oficiales, monumentos y ceremonias conmemorativas”. (C-579, 2013).

La reparación puede ser individual, de acuerdo con los principios del Magistrado Joinet ésta puede estar compuesta por: “a) Medidas de restitución tendentes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación”, b) medidas de indemnización frente a daños psíquicos, morales y todo aquello que no pueda devolverse sino compensarse en dinero, c) medidas de readaptación. (JOINET, 1996)

Por su parte, en el plano colectivo, que son importantes “las medidas de carácter simbólico, a título de reparación moral, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas” (JOINET, 1996), monumentos, entre otros.

La reparación no se limita únicamente, como se manifestó anteriormente, a la parte dineraria, sino que también se compone de la restitución, la indemnización, la rehabilitación de las víctimas, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La Organización de las Naciones Unidas indicó que la Restitución “ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario” (ONU, 2005), garantizando el restablecimiento de los derechos como la libertad, la identidad, la vida familiar, la ciudadanía y devolución de sus bienes y residencia si fue despojado de ellos.

Por su parte frente a la indemnización, debe tenerse en cuenta que la misma debe ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias del caso, valorando entre otros aspectos; los daños físicos y mentales, la pérdida de oportunidades que generen un detrimento, daños materiales que conlleven pérdida de ingresos o daños emergentes y los gastos que surgen del hecho generador. (ONU, 2005)

Frente a la rehabilitación se debe incluir para la víctima la atención médica, psicológica, jurídica y social que requiera para superar el hecho de la grave violación de sus derechos.

Ahora, la satisfacción implica que se den una o varias de las siguientes medidas; a) medidas para evitar que continúen las violaciones, b) la verificación de los hechos y la revelación completa de la verdad, c) la búsqueda de personas desaparecidas, identificación de los secuestrados y cadáveres, con su respectiva ayuda para recuperarlos, d) una declaración oficial que dignifique a las víctimas, y reconozca sus derechos, e) disculpa pública con declaración de hechos y aceptación de responsabilidades, f) la aplicación de sanciones judiciales y administrativas a los responsables, y g) la enseñanza de lo ocurrido con contextualización las normas de derechos humanos y del Derecho internacional Humanitario. (ONU, 2005)

Por último, pero no menos importante se encuentran las garantías de no repetición, que implica que el Estado ejerza control efectivo sobre las autoridades armadas y de seguridad, procedimientos judiciales con apego a las normas internacionales y respeto a garantías procesales, el fortalecimiento de la independencia del poder judicial, la educación en

derechos humanos a toda la sociedad, y a los funcionarios, la creación de mecanismos de solución de conflictos sociales (ONU, 2005), entre otros.

2.3.5.5 Justicia administrativa:

Otro de los mecanismos de la Justicia transicional hace referencia a la justicia administrativa, dentro de los cuales pueden estar las “políticas de reconstrucción, las purgas y lustraciones; la desmilitarización, la liberación de los esclavos, los cambios económicos y en la imposición de reglas civiles.” (TEITEL R., 2000).

Tales mecanismos son de gran importancia, especialmente cuando la transición que se está dando es de un régimen no liberal, autoritario, dictatorial a un nuevo Estado de Derecho liberal, donde es importante que los funcionarios del antiguo régimen no continúen en la cabeza del Estado, para poder enviar una señal de cambio y transición.

2.3.5.6 Otras medidas

Existen varias medidas que según lo requiera cada caso en particular puede contribuir, algunos ejemplos son el desarme, la reintegración a la sociedad civil de grupos beligerantes, u otros actos culturales de cada región que pueden contribuir con esas prácticas restaurativas y de reconciliación.

3. Recuento histórico de casos de justicia transicional

3.1). Orígenes :

A lo largo de la historia de la humanidad, cuando en una guerra entre dos clanes, hordas, imperios, reinados uno de los contendientes resultaba vencido, era conquistado y se daba una

transición que implicaba estar sometido por el vencedor, pero ello no podía entenderse como de justicia transicional, puesto que como ya se analizó, esta busca dar solución a esas graves violaciones a los derechos humanos y permitir la transición a un estado diferente, y no simplemente el cambio del gobernante.

Por ello, en realidad los primeros procesos de justicia transicional se dieron en Inglaterra y Francia, ambos para el restablecimiento de la monarquía, pero aplicando soluciones casi en ambos casos de amnistía a los que perpetraron el antiguo régimen.

En Inglaterra se dio la Declaración de Breda el 4 de abril de 1660, donde se otorgaron garantías a quienes desconfiaran de la restauración de la monarquía, y fue cuando se coronó rey Carlos II que se dio la Ley de Olvido e Indemnidad, con la cual se desarrolla la Declaración previa de Breda y se otorgaron perdones generales. (C-579, 2013)

En Francia se presentaron dos momentos en que se dio aplicación a medidas de justicia transicional en la restauración de la monarquía luego del regreso de Napoleón: en la primera se emitió la Proclama de Cambrai donde se sancionada a los instigadores y autores de la conspiración y se consagraba un perdón para los que se consideraron que sólo se equivocaron. El segundo momento de transacción fue el 24 de julio de 1815 a través de decreto, donde se purgó a los funcionarios que participaron en el régimen de Napoleón, y una Ley del 7 de enero de 1816 otorgó amnistía a quienes participaron en la rebelión del emperador. (C-579, 2013).

Con posterioridad a estos, en América Latina y Estados Unidos de América, en razón de los procesos de independencia se produjo una larga lista de normas que otorgaban amnistías y la expedición de nuevas constituciones no sometidas al Imperio español, que generaron el tránsito hacia periodos embrionarios de la democracia en América. Por su parte, frente a Estados Unidos, en 1783 se firmó el Tratado de Paz de París que prohibió las penas y la confiscación de bienes a las personas que participaron en la guerra.

3.1 Caso Núremberg:

Luego de terminada la segunda guerra mundial con la victoria de los aliados (Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra) se comenzó la reconstrucción del orden en Europa y se implementó la creación de un Tribunal Internacional para el juzgamiento y persecución de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Penal Internacional, cometidas durante la segunda guerra mundial.

El establecimiento de este Tribunal Internacional despertó la discusión frente a cuatro categorías, el “primero, juicio y responsabilidad; segundo, concepciones de responsabilidad; tercero, el problema de soberanía y jurisdicción y el impacto de Núremberg en el ordenamiento militar contra el ordenamiento civil (y los desarrollos relacionados con las leyes de guerra contra leyes de paz, y la relación entre la ley de crímenes de guerra y la de derechos humanos); y cuarto y por último, el sentido en el que la responsabilidad al estilo de Núremberg trasciende las fronteras nacionales para ofrecer una forma de justicia global.” (TEITEL R. G., 2016).

Del establecimiento de los juicios de Núremberg se dieron varios cambios significativos, en primer lugar, se cambió el tipo de juzgamiento que se realizaba, pasando de juicios nacionales ejecutados por los nuevos regímenes que asumían el mando a tribunales internacionales que dieran garantías que se juzgaría las graves violaciones a los derechos humanos. (TEITEL R. G., 2016)

En segundo lugar, se dio un gran cambio en la responsabilidad pasó de ser una responsabilidad al Estado o nación derrotada, a ser una de carácter individual, y en este mismo aspecto “Por primera vez, el tribunal y los juicios que le sucedieron establecieron claramente que bajo el derecho internacional podría imputarse a individuos la responsabilidad por atrocidades cometidas: “cualquier persona que cometa un acto que constituya un crimen bajo el derecho internacional es responsable y, por lo tanto, susceptible de pena.” (TEITEL R., 2000).

Otro aspecto problemático y álgidamente debatido, en especial por los defensores de los implicados que fueron juzgados, fue el relativo a la violación al principio de legalidad, toda

vez que a juicio de éstos en la Alemania del tercer Reich no existían los delitos por los cuales venían siendo juzgados, en especial el delito de genocidio, ni los delitos contra la humanidad, y, por lo tanto, no podían ser juzgados.

Frente a lo cual el Tribunal de Núremberg aplicando una orientación Ius naturalista consideró que existiendo tratados internacionales que establecían unos derechos mínimos a todos los seres humanos, los delitos más graves podían investigarse no obstante en la legislación interna no estuvieran tipificados.

En el caso de Núremberg se estableció la responsabilidad incluso para los jefes de Estado y altos funcionarios respecto de los cuales, ordinariamente se entendía quien no respondían. A su vez, se eliminó la posibilidad de ejercer defensa por los militares en cuanto a la obediencia de órdenes emitidas por un superior, cuando se entendiera que era evidente que se estaba atentando contra los derechos humanos.

Es por eso que lo ocurrido en los juicios de Núremberg, y posteriormente en los juicios de Tokio, dio un cambio en el panorama internacional acerca del respeto a los derechos humanos y se dieron unos pasos importantes a la creación de Tribunales de Justicia Internacional, que tendría su consolidación en el Tratado de Roma, a través del cual se crea la Corte Penal Internacional, pero antes de que ésta entrará en vigencia se dieron Tribunales especiales de justicia, los cuales se explicaran a continuación.

3. 3) Procesos europeos:

En España se dieron tres procesos de justicia transicional, uno después de la guerra civil, después de la muerte de Francisco Franco y el más reciente Ley de Memoria Histórica, en el primero de ellos se dio la denominada “ causa general” del 26 de abril de 1940 donde se investigaron los delitos cometidos por los republicanos (C-579, 2013)

Posteriormente con la muerte de Franco, se expidió la Ley de Amnistía 46/1977 en la que se amnistiaron todos los actos que tuvieran cierta influencia política, tales como la sedición o a

rebelión, los delitos cometidos por objeción al servicio militar, y delitos de expresión, entre otros. (C-579, 2013)

Por último, el 20 de noviembre de 2002 el Congreso de los Diputados aprobó una declaración reconociendo derechos a las víctimas en la guerra civil y del régimen franquista, en especial el acceso a la verdad a través del centro de memoria histórica, denotando la importancia de la verdad en los procesos de transición.

3.3.1 Yugoslavia:

En el régimen de Slobodan Milosevic que se extendió de 1989 a 2000 se generaron múltiples violaciones a los derechos humanos y uno de los más brutales genocidios que ha tenido la humanidad, en dicho proceso se aprobó una Ley de amnistía por el parlamento en la que se amnistiaba los delitos por no prestar servicio militar, entre otros delitos contra el anterior régimen.

En dicho Estado fue tan masiva la violación de derechos humanos, que la Organización de las Naciones Unidas decidió crear un Tribunal Ad Hoc de justicia. Por eso en la Resolución 808 del 22 de febrero de 1993 se decidió crear este organismo de justicia internacional para juzgar principalmente graves violaciones al Derecho internacional humanitario.

Entre los principales delitos a juzgar serían las graves violaciones a la Convención de Ginebra de 1949, entre ellos homicidios, tortura, tratos inhumanos, destrucción a la propiedad privada que no se justifique por razones militares, trabajos forzados a los prisioneros de guerra, y privación de derechos sin preceder un debido proceso, el secuestro de civiles como rehenes.

Así mismo, se juzgaron las graves violaciones a los tratados de guerra reconocidos en los juicios de Núremberg, y establecidos en tratados internacionales, tales como el uso de armas de destrucción masiva, químicas o que generan graves sufrimientos, la destrucción de pueblos, hospitales, iglesias, y todo edificio civil que no tuviere ocupación militar.

Por último, el Tribunal para la antigua Yugoslavia juzgaría delitos de genocidio, y delitos contra la humanidad: asesinato, secuestro, deportación, esclavitud violación, persecución por motivos religiosos, y en general todo acto inhumano.

3.3.2• Macedonia:

Este país presentó un conflicto entre macedonios, eslavos y albaneses que casi lleva al país al borde de una guerra civil, es por ello que se profirieron varias amnistías, una primera el 9 de octubre de 2001, en la que se perdonaban toda clase de delitos excepto los crímenes de guerra que fueran de jurisdicción del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, y por último, se expidió la ley 26 de febrero de 2002, proceso para el cual se exigía la entrega de armas. (C-579, 2013)

3.3.3. Hungría

Luego de la caída de los regímenes comunistas administrados bajo la Unión Soviética, los países europeos hicieron su tránsito hacia la democracia moderna, dentro de los cuales estaba Hungría, en donde se expidieron el 4 de noviembre de 1991, en marzo de 1993 leyes en las cuales se suprimía la prescripción de los delitos de guerra y atentados contra las normas del Derecho internacional Humanitario, y se juzgaron a los altos mandos del régimen anterior. A su vez, se depuró el gobierno, despidiendo de su cargo a todo funcionario que hubiera participado de manera activa con este.

3.3.4 • Irlanda del Norte:

En el Reino Unido conviven una serie de países bajo un régimen parlamentario y en cabeza de la Reina de Inglaterra la representación de jefe de Estado, y los primeros ministros de

Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte respectivamente, ejercen como jefes de gobierno, en los 1990 se forma en este último país un grupo que pretendía la separación de aquel del resto del Reino, y se dio la creación del grupo IRA, conflicto que duró hasta el 10 de abril de 1998, en donde se firmó entre los gobiernos de allí, el Acuerdo de Viernes Santo, y se produjo el desarme del grupo rebelde, la transformación de la Policía Real de Ulster a un cuerpo civil y, el indulto y liberación de los miembros de aquel grupo.

En otros países de Europa, especialmente aquellos que estuvieron sumidos bajo el control de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética se implementaron transiciones a regímenes liberales democráticos, leyes de indulto para los delitos políticos y la persecución de delitos de guerra, contrarios a las normas del Derecho Internacional Humanitario.

3.4 Procesos en África y Asia:

3.4.1 Sudáfrica:

Sudáfrica sufrió un violento proceso de segregación racial, los pocos miembros de la raza blanca asumieron el poder, separaron y sometieron a la gran cantidad de nacionales de raza negra, fenómeno denominado el “apartheid”. En marzo de 1992 se votó un referéndum donde se le dio la orden al gobierno de buscar una nueva constitución política, producto de ello en 1995, se expidió el “Acto No. 34 de promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación” en el cual establecieron una serie de medidas tales como:

La creación de una comisión para la verdad y la reconciliación, la cual se tenía por fin establecer la verdad completa sobre las violaciones a derechos humanos, autorizar amnistías a quienes cumplieron con el compromiso de revelar la totalidad de los hechos, restituir el papel de las víctimas y, proponer medidas para asegurar que los hechos no se repitieran. También, se estableció un comité sobre derechos humanos, que fue encargado de investigar las graves violaciones a estos.

3.4.2 Mozambique:

En este país africano se dio un conflicto entre dos guerrillas Frelino y Renamo. Después de dos años de negociaciones se firmó un acuerdo de paz el 4 de octubre de 1992, en el que se acordó que con la ayuda del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, enviarían una misión a verificar el fin de las hostilidades, se buscó el cese al fuego, el desarrollo de nuevas elecciones, la renovación de la policía, la asistencia humanitaria y ayuda con eliminación de las minas antipersonas.

En la implementación del Acuerdo de Paz, los involucrados crearon un listado de los daños ocasionados durante la guerra, la voluntad de las víctimas para reparar y su aceptación voluntaria de responsabilidad, y en un análisis entre las víctimas, las formas del conflicto las medidas para los responsables y las garantías de no repetición. (C-579, 2013)

3.4.3 Uganda:

En este caso la ley de Amnistía fue propuesta por el grupo de afectados, y buscaban que simplemente que existiera una desmovilización, sin exigir necesariamente relatos de lo perpetrado, ni reparaciones, si bien algunos oficiales se han desmovilizado, no se ha producido la desintegración del grupo. (C-579, 2013)

3.4.4 Ruanda:

En este proceso el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó un Tribunal Ad Hoc para el juzgamiento de los delitos cometidos entre abril y julio de 1994, el cual tuvo como misión la de juzgar los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, estableciendo la responsabilidad únicamente a los máximos responsables. Se crea también el sistema de Tribunales de Gacaca, que buscaba emitir decisiones judiciales en todos los casos

que se encontraban en juicio en el sistema nacional, con el fin de buscar justicia y la reconciliación a las masas populares ya que se consideraban no podían ser garantizadas en la justicia nacional ordinaria

3.4.5 Indonesia:

En el año 2004 mediante la Ley 27 de ese mismo año, el Parlamento Indonesio creó la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, en la que se daba amnistía a cambio de verdad, con el que se buscaba terminar treinta años de conflicto, pero el mismo fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional al considerar que el establecer requisitos de reparación ya habiendo otorgado amnistía.

3.4.6 Burundi:

En agosto de 2000 con la intervención de las fuerzas de paz de la Unión Africana y de la ONU, se alcanzó el Acuerdo de Paz y Reconciliación de Arusha, en que se dispuso la protección de los Tutsi contra el genocidio y de los Hutus contra la exclusión, y el protocolo de Pretoria de octubre de 2003, en donde se estableció el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Defensor del Pueblo, para poder hacer el tránsito al Estado de derecho, y la reparación de las víctimas.

Mediante la Resolución 1606 del 2005 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se creó la Comisión de la Verdad y un Tribunal Especial para el esclarecimiento, la sanción y la reparación de los crímenes del derecho internacional humanitario, los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y el genocidio.

3.5 Latinoamérica:

Luego de cada una de las dictaduras militares del sur del continente se dieron leyes de amnistía, como el caso de Brasil, Chile, Argentina, a su vez se dieron procesos mediante esta figura con grupos de guerrilleros como en Perú con el MIR, o en Nicaragua, en donde se utilizó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que conceptuara sobre que delitos se podían amnistiar.

En general en el mundo se han presentado muchos procesos de justicia transicional, unos con connotaciones internacionales como Núremberg y otros de problemas internos, de origen racial, cultural, político y de cambio de regímenes represivos a unos menos represivos, más democráticos. A su vez, las soluciones han sido de varios tipos, unos con amnistías, otros con tribunales de justicia, y otros a través de comisiones de la verdad, o la combinación de ellas.

3.6) Procesos de justicia transicional en Colombia:

Desde el mismo momento de la independencia se han dado transiciones, del estado colonial al estado republicano, del uno al otro, y así con el cambio de cada constitución, por lo que se expidieron múltiples normas para los nuevos regímenes y en algunos casos amnistías de los delitos políticos, tales como la establecida el día 17 de abril de 1854 en el golpe de estado de José María Melo, se otorgó una amnistía limitada, incluso para jefes y principales responsables que limitaron la expulsión de 1 a 8 años, también con la Constitución Política de 1858 se concedieron amnistías por delitos contra la confederación.

En la Constitución de 1886 se confirió posibilidad al Presidente de la República que suscribiera acuerdos de paz, y es bajo ese fundamento que luego del 24 de octubre de 1902, a terminar la guerra de los mil días, se otorgaron amnistías para delitos políticos y se dio competencia a la justicia ordinaria para juzgar los delitos ordinarios.

En 1945 mediante el Acto legislativo 01 se le dieron facultades al Presidente de la República nuevamente para conceder indultos políticos. Pero, aun así en los años cuarenta y cincuenta

se recrudeció la violencia partidista, lo cual dio origen a las guerrillas liberales del llano y del Tolima.

En 1953, el General Rojas Pinilla amnistió a varios grupos en un proceso llamado la paz de los Llanos Orientales, y debido a ello se expidieron una serie de decretos presidenciales encaminados a dar solución a conflictos en Caldas, Cauca, Huila, Tolima y, Valle del Cauca.

Luego en la presidencia de Belisario Betancur se promovieron varias iniciativas para la paz con las guerrillas de la FARC, M-19, tales como la que se dio el 28 de marzo de 1984 donde se firmó el acuerdo de la Uribe con las FARC-EP y se ordenó un cese al fuego y se creó, una Comisión Nacional de Verificación.

Igualmente en agosto de 1984 se presentó un acuerdo de cese al fuego y de diálogo nacional entre la comisión de negociación con el EPL y el M-19, y se llegó a un acuerdo para suspender los ataques militares, el compromiso de no secuestro ni constreñimiento a personas, y respeto al Partido Comunista, y una serie de medidas para su interacción política.

En 1986, bajo la presidencia de Virgilio Barco presentó el proceso de paz con el M-19, en el que se hicieron tres acuerdos: una reforma de la constitución política, el voto obligatorio, unas circunscripciones especiales, lo cual no prosperó inicialmente.

Es así que en el periodo de 1986 a 1990 se dio la desmovilización del movimiento M-19, siendo este uno de los primeros procesos que, si bien no tuvo el componente de castigo, si se produjo que el cambio de Constitución política, por la vía de la convocatoria de una asamblea nacional constituyente, no fue producto de una imposición sobre los vencidos o el régimen anterior, sino la construcción de un régimen nuevo, construido por todos los sectores políticos del momento.

3.6.1 Proceso de “Justicia y Paz”:

En el año 2005 el Congreso de la República aprobó la Ley 975 o Ley de “Justicia y Paz” con la que principalmente se buscaba la reincorporación individual o colectiva de grupos armados al margen de la ley, en especial, las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia “AUC”,

estipulando un proceso de amnistía de unos delitos y frente a las graves de violaciones al derecho internacional humanitario se estableció una pena alternativa de privación de la libertad mínimo de 5 años y máxima de 8 años, para lo cual se crearon cárceles especiales bajo el cuidado del INPEC para el cumplimiento de dichas penas.

Los requisitos para la inclusión en los beneficios de este proceso de justicia transicional fueron la aceptación y narración verídica y completa de los delitos cometidos, ayuda en la búsqueda de personas desaparecidas por culpa del conflicto, entrega de armamento, compromiso de no continuar delinquir y como preponderante la reparación colectiva de las víctimas con bienes personales, así como con actos simbólicos de ofrecimiento de excusas, y de reconocimiento de la calidad de víctimas.

4. Acuerdo final entre el gobierno colombiano y las FARC-EP

El Congreso de la República expidió el acto legislativo 001 de 2012, denominado Marco Jurídico para la Paz, mediante el cual se incorporaron al ordenamiento jurídico colombiano y unos principios mediante los cuales se pudiera negociar y crear un eventual proceso de paz con grupos armados.

En el año de 2012 el gobierno colombiano y el grupo FARC iniciaron la negociación de un acuerdo político con el cual se pudiera dar la rendición en armas de dicho grupo y su camino hacia la política el cual duró aproximadamente 4 años, hasta que en el mes de noviembre de 2016 se firma el pacto definitivo dentro del cual se regula un sistema especial de justicia transicional exclusivamente diseñado para este caso.

El acuerdo de la Habana negociado entre el gobierno colombiano y el grupo de las FARC-EP planteó un proceso transicional, bajo la estructuración de 5 puntos; el primero de ellos sobre reforma agraria y distribución de la tierra, el segundo sobre participación en política y la democracia, el tercero sobre la dejación de las armas por miembros de la guerrilla de la FARC-EP, garantías para su desmovilización y cese al fuego bilateral.

Así mismo, se pactó en el 4 punto “la solución al problema de las drogas ilícitas” incluyendo sustitución voluntaria, programas de cambio y políticas estatales para la prevención, en el punto quinto sobre el “sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición”, el cual se explicará con más detalle a continuación y por último, se pactaron los mecanismos de verificación de cumplimiento de los acuerdos.

Frente al objeto que interesa en el presente trabajo en el punto 5 del Acuerdo final para la Paz se acordó como “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, dentro del cual se reguló el mecanismos de justicia transicional especialmente creado para el final del conflicto con el grupo FARC y el cual recibió la denominación de “Justicia especial para la Paz”, el cual se encargará principalmente de decidir sobre tres aspectos; en primer lugar sobre las solicitudes de amnistía e indulto de delitos conexos con los delitos políticos, en segundo lugar, el procedimiento en caso que exista reconocimiento previo o durante al inicio al proceso judicial de responsabilidad en conductas propias del conflicto y por último el juzgamiento de las personas vinculadas con actividades delictivas respecto de las cuales no haya un reconocimiento voluntario de responsabilidad.

Para cumplir dichos cometidos la Justicia Especial para la Paz (JEP) se compone de 5 órganos:

A. La sala de Reconocimiento de verdad y responsabilidad, y de determinación de los hechos y conductas: Tendrá dentro de sus funciones principalmente decidir sobre las solicitudes de aceptación voluntaria y anticipada de responsabilidad de las personas que se quieran acoger a las normas de esta justicia. Así como la elaboración de informes donde se exprese información recibida por las principales autoridades jurisdiccionales, asociaciones de víctimas y otras entidades sobre los casos más graves de violación al derecho internacional humanitario, con el fin de que sean investigados y juzgados por el Tribunal.

B. Sala de Amnistía e indulto: La cual se ocupa, como su nombre lo indica de conceder amnistías e indultos a las personas condenadas o investigadas en la justicia ordinaria conforme a la Ley 1820 de 2017 y de otorgar el tratamiento especial y diferenciado a los agentes del Estado que se quieran acoger a la jurisdicción.

C. Sala de Definición de Situaciones jurídicas: Se encargará de definir la situación de las personas que no sean cobijadas por amnistía, y definirá si procede aplicar mecanismos de suspensión de procedimientos o renuncia al enjuiciamiento.

D. Unidad de Investigación y Acusación: Cuando en un caso no haya aceptación de responsabilidad la unidad investigará si existe mérito para acusar por delitos cometidos dentro del conflicto y remitirá las actuaciones a la Sala de Definición de situaciones jurídicas.

E. Tribunal para la Paz: El cual se compone a su vez de cinco subsecciones donde cada uno cumple con:

- Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad: Se encargará de verificar la correspondencia entre las conductas reconocidas, las descripciones jurídicas a que corresponden, y las penas que se han de imponer, la modalidad y condiciones de ejecución.
- Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad: Se encargará de conocer las acusaciones, llevarlas a un juicio oral y contradictorio y decidir sobre la responsabilidad, en caso de que sea condenatoria imponer las sanciones alternativas u ordinarias a las que haya lugar.
- Sección de apelación: Se encarga de resolver de los recursos interpuestos contra las decisiones de las otras salas.
- Sección de revisión: Decidirá sobre las sanciones impuestas por la justicia ordinaria y sobre el cumplimiento de las mismas, igualmente revisar, a solicitud del interesado, sentencias relacionadas con el conflicto armado que sean cuestionadas por calificación indebida de los hechos o inexistencia de los mismos.
- Sección de estabilidad y eficacia: Una vez la JEP termine con sus funciones se establecerá con el fin de vigilar la estabilidad del sistema de justicia y decidir las conductas que se conozcan con anterioridad a la terminación del plazo de funcionamiento del sistema de justicia transicional.

Así pues, que el Tribunal para la paz en sus secciones de primera instancia con reconocimiento de responsabilidad y sin reconocimiento de responsabilidad, deberá decidir

sobre las penas a imponer. El Acuerdo final para la paz establece diferentes penas según si se acepta responsabilidad previamente, si se reconoce ante la Sección de primera instancia, o si la persona es condenada luego de un juicio oral y contradictorio donde se demuestre responsabilidad.

En el primero de los casos donde la persona realiza esa aceptación de responsabilidad de manera libre y voluntaria ante la Sala de reconocimiento por delitos que no sean los contenidos en la Ley 1820 de 2016, que reguló las conductas antijurídicas que podrán ser objeto de amnistía, el Acuerdo final de paz establece que adoptando el paradigma de la justicia restaurativa las penas consistirán en privación efectiva de la libertad no equiparable a la prisión, cárcel o medida de aseguramiento y unas medidas restaurativas según el lugar donde se cumpla la restricción efectiva.

En el punto 5.1.2 entre las páginas 173 y 174 del Acuerdo se establece que serán medidas restaurativas en caso de aceptación inicial de responsabilidad y entrega de verdad completa las siguientes:

“A.- En zonas rurales. 1. Participación/Ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados.

2. Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva.

3. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de Infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.

4. Participación/Ejecución de programas de Desarrollo rural.

5. Participación/Ejecución de programas de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello.

6. Participación/Ejecución de programas de mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas.

7. Participación/Ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso ilícito.

8. Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.

9. Participación/Ejecución de programas de Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito.”

B.- En zonas urbanas 1. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.

2. Participación/Ejecución de programas de Desarrollo urbano.

3. Participación/Ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento.

C.- Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonales de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos.

1. Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municiones sin explotar.

2. Participación/Ejecución de programas de limpieza y erradicación de Minas antipersonal y artefactos explosivos improvisados.

Así se establecen una serie de posibles medidas restaurativas a imponer según el lugar donde se esté llevando a cabo la medida y que la duración de esa privación efectiva de la libertad será entre 5 y 8 años, así como unos parámetros para controlar lo que se considera privación efectiva a la libertad, como, por ejemplo:

- Tener un monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal.
- Fijarse un espacio territorial concreto donde se ubicarán los sancionados durante los periodos, horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones.

- Requerir permisos de movilidad durante el periodo en que se deba cumplir con las sanciones.
- Determinar en la sentencia el lugar de residencia del vinculado a la sanción.
- Y determinar la autoridad que se encargará de vigilar la sanción.

Para determinar el grado y forma de sanción la Sala tendrá en cuenta el grado de verdad aportado al proceso, la gravedad de las conductas cometidas y aceptadas, así como la voluntad de reparación que ejerció a través de esas acciones restaurativas.

Ahora, frente a los demás casos, esto es, aquellos que acepten responsabilidad ante el Tribunal y las condenas emitidas con posterioridad al juicio oral y público, el sistema de responsabilidad se constituye en un sistema mixto, un componente retributivo donde la privación de la libertad si constituirá cárcel y unas medidas restaurativas encaminadas a la reparación de las víctimas.

Para el caso de reconocimiento de responsabilidad ante la Sala de Juzgamiento del Tribunal de Paz la pena será de 5 años a 8 años de privación efectiva de la libertad y otros derechos con un enfoque retributivo, y frente a las condenas emitidas luego del juicio oral será una pena con las finalidades del Código Penal con una duración de entre 15 a 20 años.

5. Críticas a lo pactado en materia de tratamiento penal especial.

Frente a lo pactado en materia de justicia transicional como sería natural en Colombia, y más en estos temas no se hicieron esperar las críticas, en especial lo relativo a la implementación de penas menores y más favorables a las del sistema penal ordinario, pero no se limitaron a criterios de percepción sino temas jurídicos relativos a obligaciones contraídas por Colombia con la firma del Estatuto de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional, tratado internacional ratificado por Colombia en la Ley 742 de 2002.

Específicamente se indicaba por algunos parlamentarios colombianos y juristas que las penas establecidas en el acuerdo final entre el gobierno colombiano y las FARC-EP constituía

impunidad y falta de compromiso con la investigación y la sanción de graves conductas realizadas en razón y con ocasión al conflicto armado que constituyen delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, por lo que se activaba la competencia de la Corte Penal Internacional para juzgar para conocer, investigar y juzgar los hechos acaecidos en Colombia.

Para analizar si la objeción es correcta, en particular frente a la pregunta que se hace en el presente trabajo, la cual es si ¿se deriva del Estatuto de Roma y de la Convención de Ginebra (protocolo II) sobre el conflicto interno armado una obligación de imponer una sanción determinada para los delitos allí regulados?, se analizará el Estatuto de Roma, el protocolo adicional al Convenio de Ginebra de 1949 sobre conflicto interno armado, y normas de Tribunales de Justicia internacionales AD-HOC que se crearon para el juzgamiento de los delitos referentes a crímenes de guerra y de lesa humanidad, y de allí dar respuesta a la interrogante.

5.1 Estatuto de Roma de 1998:

El Estatuto de Roma es el tratado internacional mediante el cual el 17 de julio de 1998 los plenipotenciarios de las Naciones Unidas acordaron crear la Corte Penal Internacional y su regulación para que conociera de los graves delitos cometidos en contra de la humanidad, crímenes de guerra, y lesa humanidad cometidos al interior de los Estados miembros o que se decidiera por resolución del Consejo de Seguridad de la ONU la necesidad de actuar para evitar la impunidad.

En dicho tratado internacional los Estados parte crearon la Corte Penal Internacional como una institución de carácter permanente que está facultada para ejercer su jurisdicción respecto de persona responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional, y tiene un carácter complementario frente a las jurisdicciones nacionales en su competencia.

Dentro de los crímenes regulados en el Tratado de Roma de 1998 se encuentran: a) el delito de genocidio, b) los crímenes de lesa humanidad, c) los crímenes de guerra y d) el crimen de agresión. Cada se encuentra su regulación en los artículos 7, 8 y 9 de dicha norma internacional.

En el artículo 6 se define genocidio como cualquier matanza, lesión grave a la integridad física o mental, sometimiento intencional a condiciones de existencia que acarreen la destrucción física total o parcial, medidas a impedir nacimientos o traslado por la fuerza de niños perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso.

El artículo 7 regula lo relativo a los crímenes de lesa humanidad, definiendo que consisten en cualquier asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación o privación grave de la libertad física violando normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier forma de violencia sexual, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada por motivos políticos raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos reconocidos internacionalmente como inaceptables con arreglo al derecho internacional. La desaparición forzada de personas, el crimen del apartheid que se realice en medio de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Y en el artículo 8 del tratado de Roma de 1998 se regula como crímenes de guerra las infracciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 como son; el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente, forzar a un prisionero de guerra o persona protegida a servir a las fuerzas de una potencia enemiga, privar de la libertad deliberadamente a un prisionero de guerra o persona protegida sin el derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente, la deportación, traslado ilegal o detención ilegal, la toma de rehenes cometidos dentro de un plan o una política de gran escala.

Así mismo, son crímenes de guerra, entre otros, violaciones graves a las leyes aplicables a los conflictos internacionales, tales como; ataques intencionales contra la población civil no participante en las hostilidades, ataques contra infraestructura de una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria que cumpla con el derecho a la protección otorgado por la Carta de las Naciones Unidas, lanzar ataques intencionales contra la

población a sabiendas que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles, daño a bienes civiles o al medio ambiente natural que se muestren como excesivos respecto de la ventaja militar que conlleve, entre otras violaciones dirigidas contra los civiles sin el respeto de los derechos humanos.

Igualmente y con mayor relevancia para el presente trabajo se registra como crímenes de guerra en los conflictos que no son de índole internacional las violaciones graves del artículo 3 de los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, específicamente cualquier atentado contra la vida y la integridad física como mutilaciones, tratos crueles y torturas, la toma de rehenes, atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, así mismo dirigir ataques contra la población civil no participante de hostilidades o contra edificios, medios de transportes sanitarios y contra el personales que utilice insignias reconocidas por los convenios de Ginebra, dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes o las ciencias, hospitales o donde se agrupan enfermos y heridos no militares, así como actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o cualquier violencia sexual grave, reclutar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas, ordenar desplazamiento de la población civil relacionadas con el conflicto, entre otros similares, pero en el contexto de conflictos internos, entendiendo que son confrontaciones diferentes a las simples tensiones entre personas o manifestaciones internas de violencia momentánea .

Frente a estas últimas conductas cobran importancia para efectos del presente trabajo por cuanto si bien no existen sentencia que emitan responsabilidad penal al interior del sistema de Justicia Especial para la Paz, si son conocidas las sentencias que se han impuesto tanto a los comandantes de las antiguas FARC-EP, así como también a miembros de la fuerza pública, y que por tal, revisten el carácter de conductas de competencia eventual de la Corte Penal Internacional respecto del caso colombiano.

Ahora frente a la competencia de la Corte Penal Internacional, el Tratado de Roma de 1998 indica que este organismo jurisdiccional juzgará únicamente delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia del tratado, salvo países que se hayan integrado con posterioridad, caso en el cual regirá a partir del momento en que ratifiquen el mismo. En el

caso colombiano entró en vigencia el 1 de noviembre de 2002 y se realizó una excepción de siete años para el juzgamiento de crímenes de guerra.

Por su parte en el Tratado de Roma de 1998 se estableció que este Tribunal Internacional podrá ejercer su competencia ante los crímenes establecidos en el artículo 5 de dicha norma internacional cuando bien; un Estado parte remita al Fiscal de la CPI una situación donde parezca haberse dado la comisión de una de dichas conductas antijurídicas, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lo remita o el Fiscal ha iniciado una investigación por existir indicios de la comisión de uno o varios de los crímenes contemplados en el citado artículo 5.

Frente a esta última hipótesis el fiscal puede iniciar la investigación de oficio y luego corroborará la veracidad de la información recibida, para lo cual puede tomar información de los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales y otras formas fidedignas que considere apropiadas, incluso recibiendo testimonios escritos u orales en la sede de la Corte, de lo cual en caso de encontrar fundamento suficiente para abrir una investigación, pedirá a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización. Le corresponde a esta sala decidir si existe fundamento suficiente para iniciar y si es competencia de la Corte Penal Internacional o no, de ser negativa no impide que si el Fiscal encuentra nuevos elementos pueda volver a solicitar ante la sala.

La Corte Penal Internacional admitirá las investigaciones que cumpliendo las reglas de competencia temporal y que revistan las características de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cuando; a) un Estado que tenga jurisdicción sobre el caso y no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación, el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo, b) el asunto haya sido investigado por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal en contra de la persona no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación, el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

A su vez en el numeral segundo del artículo 17 del Estatuto de Roma de 1998, establece que para determinar la disposición de actuar por parte de un Estado en un caso concreto, la Corte examinará que; el juicio que haya estado o esté en marcha, o que la decisión nacional se tomó con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes establecidos en el artículo 5 de dicha norma internacional.

También cuando se dilate en forma injustificada el juicio, y dadas las circunstancias, sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona investigada ante la justicia, o el proceso nacional se dio o no se está dando de manera independiente o imparcial, o se esté dando con circunstancias que sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona que se trate ante la justicia. Por último la Corte Penal Internacional analizará si el Estado parte cuenta con una administración nacional de justicia capaz de hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios para llevar a cabo el juicio.

Frente a la responsabilidad penal el Estatuto de Roma de 1998 que la Corte juzgará la responsabilidad de personas naturales quien cometa un crimen de competencia de esta por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa o haya participado con el propósito de facilitar la comisión, sea cómplice o encubridor contribuya intencionalmente con un grupo de personas que tengan una finalidad en común. Por su parte de igual manera regula la figura del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa en cuanto establece que también responderá quien intente cometer un crimen mediante actos que supongan un paso importante para esa ejecución, pero el acto no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad.

Ahora en lo referente a las penas en caso de aceptación de responsabilidad o de condena luego de agotar la totalidad del juicio establece el tratado internacional que se estudia, establece que la Corte podrá imponer una pena por un número determinado de años sin sobrepasar de 30 años, y excepcionalmente se podrá la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, así como penas accesorias tales como multas, el decomiso de bienes productos del delito.

5.2 Convenios de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales

Para poder hablar sobre el protocolo adicional primero se debe analizar brevemente lo pactado en la ciudad de Ginebra el 12 de agosto de 1949, consistente en cuatro convenios: el primero y el segundo se tratan sobre normas para aliviar la suerte de los heridos y enfermos

de las fuerzas armadas en campaña, náufragos en el mar; el tercero de ellos trata sobre el debido trato a los prisioneros de guerra, y por último, el cuarto, sobre la protección de civiles en tiempo de guerra.

Ahora para efectos del presente texto, no se ahondaran en todo el contenido de los convenios sino que se analizará lo relativo a las obligaciones contenidas respecto de los graves incumplimientos a lo pactado. En general en los cuatro convenios del 12 de agosto de 1949 se establece:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.”

A su vez ese primer convenio establece la obligación a cada una de los Estados parte a “buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad.” (Convenios de Ginebra, 1949) También, establece que los convenientes podrán acordar los instrumentos legales para entregarlos a la otra potencia que manifiesta la violación grave en contra de sus combatientes.

Por su parte los cuatro Convenios establecen que serán graves violaciones a estas normas los siguientes crímenes; el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, generar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar contra la integridad física, salud, la destrucción y la apropiación de bienes a gran escala ilícita justificación por necesidades militares.

Así pues, se observa que de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 se deriva una obligación a los Estados parte del tratado internacional adoptar las medidas para investigar, perseguir y sancionar adecuadamente las violaciones a dichas normas, así como cuáles son esas violaciones consideradas más graves que se compadecen con las contenidas en el Tratado de Roma de 1998.

Ahora en 1977 se actualizó los convenios de Ginebra y se expidió el protocolo adicional número II el cual se encarga de los conflictos armados no cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y que se desarrollen en el territorio de un Estado parte entre sus fuerzas armadas y grupos armados organizados bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

En el protocolo II de 1977 establece protección a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en estas, en su persona, su honor, sus convicciones, sus prácticas religiosas, así mismo serán tratadas con humanidad en toda circunstancia sin distinción alguna.

Derivándose de ello la prohibición de los atentados contra la vida, la salud, la integridad física o mental de las personas, los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, los atentados contra la dignidad personal y tratos degradantes, mutilaciones y penas corporales, la esclavitud, la prohibición de reclutar menores de quince (15) años de edad.

Ahora frente a las personas privadas de la libertad se establece; los detenidos que estén heridos o enfermos deben ser tratados, tendrán derecho en igual medida acceso a alimentos y agua potable, gozando de garantías de salubridad e higiene y protección frente al rigor del clima, así mismo se autorizará por el captor socorro y se respetaran las prácticas religiosas, y se permitirá el acceso a los servicios espirituales en condiciones dignas.

Respecto de la población civil el protocolo II a la Convención de Ginebra consagra que no podrán ser objeto de ataque la población civil, incluso a título de amenazas, se prohíben las acciones que generen el hambre como método de combate, así como el ataque a estructuras que contienen fuerzas peligrosas como diques, represas, centrales de energía, de ataques contra bienes culturales, monumentos históricos o lugares de culto que constituyan patrimonio cultural, y por último establece que no se podrá ordenar por ninguna de las fuerzas combatientes desplazamiento de la población civil que no corresponda a motivos militares,

a lo que deberá garantizarse el alojamiento en condiciones de salubridad, higiene, seguridad y adecuada alimentación.

Ahora el protocolo II firmado en 1977 no establece autónomamente ninguna obligación a los Estados parte de prohibir dichas conductas, pero si remite a lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1949, por lo que hasta este punto se puede concluir que de las obligaciones derivadas del Convenio de Ginebra y su protocolo implican que cada parte firmante del mismo se comprometa a la creación de leyes nacionales que investiguen, persigan y juzguen debidamente las violaciones a estas normas.

5.3 Normas internacionales de creación y regulación de Tribunales de justicia AD-HOC

Observando lo establecido en el Estatuto de Roma de 1998 y en los Convenios de Ginebra de 1949 como en su protocolo II de 1977 se puede concluir que existe y se demanda por parte de los Estados miembros el investigar, juzgar y sancionar las conductas que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario, o que constituyen en graves crímenes de guerra o de lesa humanidad, pero no hay una norma precisa de cuál es el castigo que se entiende por suficiente para dichos crímenes, se estudiará a continuación las normas que dieron origen a los Tribunales de Sierra Leona, La Salas Especiales para Camboya, el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia y El Tribunal Internacional de Ruanda, para comparar si allí existe un criterio que permita inferir si existe del Derecho Internacional una obligación de imponer determinada pena como criterio de proporcionalidad.

5.3.1. Tribunal Especial para Ruanda

Este órgano de justicia AD-HOC se estableció con el propósito de juzgar los genocidios y crímenes de guerra, graves violaciones a los convenios de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional II de 1977, cometidas en el territorio de Ruanda y estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

Ahora en el punto de las penas imponer establece el artículo 23 de dicha Convención se establece que únicamente se podrán imponer penas de privación de la libertad y se debía

recurrir a las prácticas generales de los Tribunales de Ruanda respecto del tema de penas de prisión, dando como criterios la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado, y pudiendo imponer además la obligación de devolver los bienes obtenidos por los medios delictivos.

5.3.2 Tribunal Especial para Sierra Leona

Entre Sierra Leona y la ONU se firmó en el 2002 un Convenio para la creación de un tribunal ad hoc, que operó hasta el año 2013, y al cual le correspondió conocer sobre delitos contra la humanidad tales como; homicidio, exterminio, esclavitud, deportación, aprisionamiento, tortura, violación sexual, prostitución forzosa o cualquier violencia sexual o cualquier acto inhumano que se cometa de manera extendida o sistemática.

Así mismo conocía de graves violaciones al Derecho internacional humanitario, consagrado en los Convenios de Ginebra 1949 y en el protocolo II de 1977, tales como los atentados contra la dignidad personal y tratos degradantes, mutilaciones y penas corporales, tortura, mutilación, toma de rehenes y delitos de violencia sexual o ser condenado sin un juicio con las garantías mínimas.

En lo relativo a las penas imponer establece el artículo 20 de dicho convenio que cuando se encuentre como responsable a una persona de los crímenes establecidos en dicho acuerdo se le impondrá una pena de acuerdo a lo establecido en el Convenio que dio creación al Tribunal Especial de Ruanda y lo que establezcan para el efecto las normas y Sentencias de los órganos judiciales nacionales de Sierra Leona.

5.3.3 Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia (TPIY)

Este tribunal fue creado mediante Resolución 827 del 25 de mayo de 1993 de las Naciones Unidas y su competencia se estableció para juzgar las conductas cometidas con posterioridad a 1991 que constituyeran graves violaciones a las convenciones de Ginebra de 1949 y al Protocolo II de 1977 (crímenes de guerra). Así mismo, conoció de delitos de lesa humanidad tales como homicidios, violaciones, exterminios, deportaciones, tortura o persecución por

motivos políticos, étnicos, culturales, raciales, que se realicen en contra de la población civil en confrontaciones armadas nacionales o internacionales.

Cuando el Tribunal para la Antigua Yugoslavia encontraba responsable a una persona de haber cometido un delito de lesa humanidad o una conducta que violara gravemente los Convenios de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional II de 1977, debería condenar e imponer una pena consistente únicamente en pena de prisión teniendo en cuenta los estándares y normas aplicados por los tribunales nacionales, considerando factores como la gravedad de la infracción y la situación personales del condenado. Por último, aquel órgano judicial AD-HOC podía ordenar la restitución de los bienes a sus verdaderos propietarios cuando fueran arrebatados por medios ilícitos o la fuerza.

5.3.4 Salas Especiales de justicia para Camboya

Este Tribunal de justicia se creó por la preocupación de las Naciones Unidas con ocasión de las graves violaciones al derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad cometidos durante en el antiguo Estado de Kampuchea democrática entre el 17 abril de 1975 al 6 de enero de 1979, y fue promulgado por ley interna del Estado Real de Camboya la creación de esas salas especiales de justicia.

Las mismas tendrían competencia de juzgar delitos contenidos en el Tratado de Roma de 1998, Convención de Ginebra de 1949, y convenio de 1948 contra el Genocidio a través de sus jueces de instrucción, fiscalía y sala de primera instancia, la cual en caso de encontrar como responsable alguna persona de haber cometido estas conductas podría imponer penas de prisión hasta por cadena perpetua.

5.4 Análisis conjunto del Estatuto de Roma, Convención de Ginebra de 1949, Protocolo II adicional de 1978 y normas de Tribunales de justicia analizados.

Luego de resumir las conductas establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y de su protocolo adicional de 1949 se observa que especialmente algunas de esas conductas consagradas en este segundo instrumento se pudieron presentar en Colombia en el desarrollo del conflicto armado interno, y que conforme a una interpretación histórica y sin sesgos políticos de lo que sucedió en Colombia, de acuerdo al artículo 1 de dicho instrumento internacional, se evidencian las características de un conflicto armado no internacional por cuanto se encontraban para el caso dos bandos: uno representado por las fuerzas armadas del Estado y por otro, por un grupo organizado con un mando centralizado que ejerciera control sobre parte del territorio en enfrentamiento bélico.

Reconocida la existencia del conflicto armado interno, se deriva de las Convenciones de Ginebra de 1949 en conjunto con el Protocolo adicional de 1977 una obligación para el Estado Colombiano de investigar, juzgar y condenar las conductas más graves que constituyan crímenes de guerra y de lesa humanidad producidas al interior del conflicto.

Por otra parte, del análisis de las normas del Tratado de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional, ratificado por Colombia en el 2001, se puede observar que se regulan conductas que eventualmente pudieron suceder al interior del conflicto armado colombiano, por lo que se debe analizar en qué casos eventualmente podría dicha entidad jurisdiccional internacional intervenir, juzgar, y condenar a responsables del conflicto colombiano.

Así como se menciona en apartes anteriores la Corte Penal Internacional es una institución permanente facultada para ejercer jurisdicción respecto de personas que comentan los crímenes más graves de trascendencia internacional y con carácter complementario a los órganos judiciales, que puede activar su competencia de investigación y juzgamiento por solicitud de la Organización de las Naciones Unidas, del Estado parte del tratado o investigación que adelante el Fiscal de dicha entidad.

Luego de lo cual, deberá analizar la Sala de Cuestiones Preliminares la trascendencia del crimen y por el carácter de complementario, establecer que el Estado al interior de donde se cometieron las conductas no está en capacidad de investigar y juzgar, por colapso parcial de su sistema de justicia, o no tiene voluntad de hacer comparecer a los responsables, lo cual se puede evidenciar, entre otras razones por demoras injustificadas, decisiones arbitrarias de no investigar o juzgar, o absoluciones en procesos sin las garantías de imparcialidad.

Ahora, si eventualmente la Sala de primera Instancia de la Corte Penal Internacional llegará a encontrar a alguien responsable de estas conductas podrá imponer una pena de hasta 30 años normalmente y como excepción la prisión perpetua cuando la gravedad del delito así lo amerite, multas y el decomiso de los bienes frutos del delito.

Por último, si se observan las resoluciones y convenios que crearon los Tribunales Especiales de Ruanda, Sierra Leona, Tribunal de Yugoslavia y las Salas Especiales de Justicia de Camboya juzgaron en igual sentido graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo adicional, ello nos sirve de marco comparativo con las conductas ocurridas en Colombia.

Ahora, frente a las penas a imponer, los tres primeros organismos no establecen concretamente una pena, sino que aplican criterios de gravedad de la conducta y comportamiento del sujeto remitiendo a lo que respectivamente establece la ley de cada Estado y la jurisprudencia de sus tribunales nacionales. Por su parte en el caso de Camboya se estableció que la pena sería de prisión, inclusive a la cadena perpetua.

Analizando las normas de Tribunales AD-HOC, que hemos citado, creados para casos similares al de Colombia, se observa que se limitan a establecer como límite que únicamente se podrá imponer pena de prisión, y sólo en dos partes se establecen límites temporales de hasta treinta años o la prisión perpetua. Por su parte de los Convenios de Ginebra de 1949, su Protocolo adicional número II de 1977, el Estatuto de Roma de 1998 establecen una obligación para los Estados partes de investigar, juzgar y condenar a los máximos responsables de las crímenes más graves contenidos en dichos instrumentos, pero no existe expresamente un mandato de imponer una determinada pena ni su cantidad para cumplir con el estándar internacional, por lo que en principio, en este aspecto, el acuerdo final firmado entre el Estado colombiano y las FARC-EP en el año de 2016 se compadece con las normas internacionales.

6 Modelo de justicia restaurativa acordado en el acuerdo final como respuesta a las graves violaciones al derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad

Partiendo de la conclusión anterior en el sentido de que de los estándares internacionales, deducidos los casos citados más arriba, no se deriva la obligación de imponer una determinada pena para las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, sino que se impone la carga de crear los mecanismos para investigar, juzgar y condenar a los principales responsables en condiciones de celeridad, imparcialidad y aplicando sanciones efectivas, en esta última parte del trabajo se analizará si las medidas previstas en el acuerdo final del 2016 celebrado ante el Gobierno Colombiano y las FARC-EP en la hipótesis aquí planteada, esto es, las sanciones que se impondrán a los responsables de conductas no amnistiables por la Ley 1820 de 2017 que acepten responsabilidad de manera temprana, garantiza esas condiciones de la justicia transicional de la verdad, reparación y garantía de no repetición.

En primero lugar se resumirán lo establecido en el acuerdo final de 2016 en lo relacionado con las obligaciones de indemnización a las víctimas, garantías de no repetición y de verdad dentro del contexto judicial, con ello iniciar con el contexto, así como el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional que se han dictado con ocasión del proceso de justicia y paz para de allí concluir cuáles serán los principales desafíos que tendrá la Justicia Especial de Paz para cumplir con la obligación establecida en los tratados internacionales de la Convención de Ginebra, su Protocolo adicional II y el Tratado de Roma de 1998.

6.1 Acuerdo final de las 2016 normas sobre verdad, reparación y no repetición.

El punto 5 que estableció el acuerdo sobre las víctimas del conflicto y diseñó el sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, así como la Jurisdicción Especial para la Paz, se basó, primordialmente, en los siguientes principios: el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento de responsabilidad de cara a las víctimas del conflicto, la satisfacción de los derechos de las víctimas, la participación de estas en la satisfacción de sus

derechos respecto de las graves violaciones de derechos humanos, derecho internacional humanitario con ocasión al conflicto, el esclarecimiento de la verdad entendido como comprensión del conflicto, sus múltiples causas, orígenes y efectos, lo pactado debe velar por el derecho de las víctimas a ser resarcidas por los daños sufridos con ocasión de conflicto y el restablecimiento de sus derechos transformando sus condiciones de vida.

También son principios, la garantía de protección y seguridad de las víctimas en su vida e integridad personal, las garantías de no repetición asegurando medidas adicionales a las pactadas en el acuerdo, el principio de reconciliación de la ciudadanía colombiana para poder vivir en civilidad y convivencia, y por último el enfoque de derechos que implica la garantía al goce efectivo de los derechos humanos considerados de manera global, justa y equitativa, obligando al Estado colombiano a promover y proteger todos los derechos y libertades fundamentales así como a no violarlos, atendiéndolos bajos los subprincipios de universalidad, igualdad y progresividad.

Se pactó la creación de la Comisión para el Esclarecimiento de la verdad, la Convivencia y la no Repetición como entidad no judicial que busca contribuir a la consecución de la verdad de todo lo ocurrido, iniciando por la participación de las víctimas y todos los actores directos e indirectos, con el fin de establecer los orígenes del conflicto y poder conseguir superar sus causas y proponer medidas para garantizar la no repetición, pero por su carácter extra judicial si bien cumple con el propósito de la verdad y buscar la no repetición, no cumple dentro del sistema de justicia transicional como condición para la obtención de beneficios.

De igual manera, se creó la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecida en el contexto y en razón del conflicto, como componente para ayudar en la búsqueda de la verdad y garantizar el derecho a las víctimas conocer el lugar final de sus familiares desaparecidos. Dado que es un órgano no judicial, la información allí suministrada no podrá utilizarse para iniciar causas penales en el contexto de la jurisdicción de paz o derivarse información para casos que ya se hayan reconocido, por lo cual si bien este componente contribuye con los derechos de las víctimas y la verdad, no se puede entender como cumplimiento de la obligación en el contexto del componente de justicia transicional.

Ahora si bien en el punto 3 del Acuerdo Final, se establecieron medidas tendientes al fin de la confrontación armada, dejación de armas y tránsito a la legalidad consideradas como acciones que buscan la no repetición de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Dichas medidas no se estudian en el presente trabajo por no corresponder con el componente de justicia transicional, en la hipótesis de la aceptación temprana de responsabilidad.

También se establece el punto 5 del Acuerdo Final, que las víctimas gozan de los derechos a la verdad, justicia, reparación y de garantías de no repetición, para lo cual, su papel es principal y deberán ser oídas dentro de la priorización de casos para respetar una justicia pronta, cumplida y eficiente. Se resalta lo concluido anteriormente en este trabajo en cuanto que “en materia de justicia, conforme al DIDH, el Estado colombiano tiene el deber de investigar, esclarecer, perseguir, y sancionar las graves violaciones al DIDH y las graves infracciones del DIH” (ACUERDO FINAL DE PAZ, 2016)

6.2 Verificación de verdad en casos de reconocimiento temprano ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.

En el componente de justicia del apartado 5 se establece que dentro de las funciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas tendrá la función de recopilar informes de organizaciones de víctimas, de entidades estatales y de los diferentes organismos de investigación del Estado con el propósito de verificar y corroborar que las personas que hayan hecho la aceptación temprana completa de verdad y responsabilidad ante esta sala lo hayan realizado de la manera más completa posible

En caso que se verifique que no está completa la información aportada por quien acepta su participación, se le requerirá para que pueda completarlo. En de que se determine que no aportó la plena verdad se remitirán las actuaciones a la Unidad de Investigación y Acusación, quien tiene la función de decidir si hay mérito para continuar, en caso afirmativo, se remitirán a la Sala de Enjuiciamiento que será la encargada de decidir de fondo, con todas las pruebas y garantizando el debido proceso. En caso de encontrar responsable al investigado, se le aplicaran las sanciones que corresponden a quienes no han aceptado responsabilidad en el

sistema, lo que implica penas privativas de la libertad que pueden durar un total de 20 años en centro carcelario y con la finalidad retributiva.

6.3 Acto legislativo 01 de 2017

Mediante este acto legislativo, dedicado a las medidas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, entre otras cosas, se reguló el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, la Jurisdicción Especial para la Paz.

En lo relativo a la reparación, verdad y garantías de no repetición dicha reforma constitucional consagró la utilización del paradigma de la justicia restauradora por encima de la justicia retributiva, y por tanto enfocada a la búsqueda del resarcimiento del daño causado, la reparación efectiva de las víctimas del conflicto e intervenir las causas de exclusión que provocaron la victimización.

Frente a la garantía de no repetición, el Acto legislativo 01 de 2017 trae una consecuencia en cuanto establece que si con posterioridad a la entrada en vigencia a dicha norma y al proceso de dejación de armas alguno de los sujetos que se sometió a la Jurisdicción de Paz comete un nuevo delito, este lo conocerá la justicia ordinaria y se enviará copias a la Justicia Especial para que verifique si el mismo constituye un incumplimiento a las condiciones del sistema, pudiendo inaplicare las penas alternativas que tendría derecho y en consecuencia, dando lugar a que se impongan las sanciones contempladas en el sistema ordinario con reclusión en centro penitenciario.

Así mismo, establece dicha reforma constitucional que el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) que para obtener el tratamiento especial deberá aportarse verdad plena lo cual supone relatar de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas, las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para la atribución de responsabilidad, sin que implique necesariamente la aceptación de responsabilidad, salvo cuando se requiera para acceder a las sanciones restaurativas y privación efectiva de libertad menor, y en caso de corroborarse el aporte de información falsa o el incumplimiento de alguna de las obligaciones se perderá el tratamiento especial.

Por su parte en su artículo 13 el Acto Legislativo 01 de 2017, establece que las sanciones de la Justicia Especial de Paz “tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz” (ACTO LEGISLATIVO 01, 2017), buscando una mayor función restauradora y reparadora del daño causado. Para su imposición deberán tenerse en cuenta criterios tales como el mayor grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y en casos de aceptación de responsabilidad, el momento en el que la misma se produce.

Finalmente, frente a esta reforma constitucional se establece en el artículo 18 transitorio que estará en cabeza del Estado garantizar el derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, sea que el daño lo hayan sufrido de manera individual o colectiva que tengan relación con el conflicto armado, velando porque la misma se distribuya en todo el universo de víctimas, en igualdad de condiciones respetando los sujetos de especial protección y de manera adecuada.

6.4 Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional

Si bien esta sentencia de constitucionalidad hace referencia a la al Acto Legislativo 01 de 2012 que crea instrumentos jurídicos para la justicia transicional, aporta importantes elementos relacionados con los derechos a la verdad y no repetición para las víctimas al interior de un proceso de este tipo.

Frente al derecho a la verdad, en primer lugar hay que decir que tiene consagración internacional en el instrumento de los Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas, y que está en cabeza de víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto, teniendo un aspecto individual que implica la posibilidad de conocer la autoría del crimen, los motivos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, así si este constituye una grave violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad y uno colectivo.

Por su parte la dimensión colectiva del derecho a la verdad, significa la posibilidad que debe tener la sociedad de conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de

elaborar un relato colectivo a través de investigaciones y de realizar una memoria pública de estos hechos.

El derecho a la verdad constituye una garantía imprescriptible, esto es, que debe ser garantizada por el Estado en todo tiempo, y se debe hacer coincidir la verdad procesal con la ontológica, lo que implica que se debe proscribir la impunidad, realizando investigaciones serias, responsables, imparciales, integrales y sistemáticas por parte del Estado para el esclarecimiento de los hechos, y la imposición de la correspondiente sanción.

Así mismo el derecho a la verdad se encuentra vinculado con la reparación, por cuanto a través de aquel los familiares de las personas desaparecidas o secuestradas al conocer de sus parientes, y con el esclarecimiento de la responsabilidad penal individual frente de los victimarios mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica, como comisiones de la verdad como órgano extrajudicial se da el proceso de perdón y olvido, como vía de reparación simbólica del daño.

Al cuanto al acceso de víctimas a la justicia, la Corte Constitucional considera que ello implica la posibilidad de hacer valer los derechos mediante un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado y obtener reparación.

Dado que todo derecho implica correlativamente una obligación, en este caso recae sobre el Estado que tiene el deber de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y luego de establecer su culpabilidad asegurar la sanción, además darle a la víctima la posibilidad de constituirse parte dentro del proceso para el resarcimiento de su interés sea por sí mismo o garantizándole los medios para ello.

De dicha obligación se deriva del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo , respetando las reglas del debido proceso y según se deriva del documento “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Graves Violaciones del Derecho internacional Humanitario” aprobado mediante Resolución 60/147 de las Naciones Unidas se le debe dar a conocer los mecanismos públicos y privados, información de los recursos nacionales como internacionales disponibles frente a dichos hechos.

Así mismo, deberá adoptar las medidas necesarias para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, protegiendo su intimidad frente a injerencias ilegítimas, protegerlas de todo acto de intimidación o represalia frente a ellas, familiares o testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de cualquier clase. Por último, deberá utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos frente a las violaciones manifiestas a las normas de derechos humanos o graves violaciones al derecho internacional humanitario.

Del precedente jurisprudencial constitucional que se viene citando, se deriva la obligación del Estado de juzgar y condenar con penas “adecuadas” y “proporcionales” a los responsables de los crímenes investigados, pero tratándose de procesos de justicia transicional se aminora la severidad del castigo siempre y cuando se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación diseñándose medidas destinadas a la garantía de no repetición, pudiéndose conceder amnistías e indultos en delitos menos graves sin ocultar la verdad, y penas alternativas en caso de graves violaciones.

Ahora frente a la reparación basta con recordar lo ya dicho en el aparte de este trabajo sobre las medidas restaurativas consagradas en la Sentencia C-579 de 2013 que a su vez recoge lo establecido en los “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Graves Violaciones del Derecho internacional Humanitario”, en la cual comprende el derecho a la restitución, indemnización, rehabilitación y las garantías de no repetición.

Es importante recordar aquí que la reparación debe estar orientada por dos principios, en primer lugar el de la integralidad que supone que dependiendo de la naturaleza del daño o afectación debe implementarse la medida de la reparación adecuada, no siendo excluyentes y en segundo lugar, el principio de proporcionalidad, el cual implica que la reparación a las víctimas debe estar en consonancia con el grado de afectación a los derechos humanos.

7 Modelo de justicia transicional VS derechos de las víctimas a la verdad, reparación y no repetición.

Así pues, luego de comparar el contexto normativo nacional e internacional frente a los derechos de las víctimas a la verdad, reparación y garantías de no repetición se puede decir

que las medidas contenidas en el punto 5.1.2 entre las páginas 173 y 174 del Acuerdo Final suscrito entre el Estado colombiano y las FARC-EP y las sanciones de privación efectiva de la libertad en el contexto de transición podrán garantizar la verdad, la reparación y la no repetición.

Ello por cuanto en primer lugar, sin entrar en un análisis exhaustivo por no ser objeto de presente trabajo la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas permiten de una manera extra judicial contribuir a la reconstrucción histórica de los orígenes, consecuencias, dinámica y efectos del conflicto, así como la reparación de las víctimas indirectas del fenómeno de la desaparición forzada y demás hechos victimizantes del conflicto.

Tal como se analizó en la presentación teórica sobre los modelos de justicia transicional, este componente de justicia histórica podría realizarse a través de comisiones extra judiciales de búsqueda de la verdad, teniendo como ejemplo el caso de Nicaragua o Sudáfrica en donde se establecieron sendas comisiones encargadas de reconstrucción histórica del fenómeno social que dio origen al conflicto con los aportes de todas las partes implicadas.

Ahora bien, en el caso colombiano del Acuerdo final de Paz de 2016 no se limitó a las medidas extra judiciales, sino que para cumplir esa obligación de Estado y derecho de las víctimas de investigación y juzgar las más graves violaciones a los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, podemos analizar que en lo pactado se cumple en el presupuesto analizado, es decir en la hipótesis de aceptación temprana de cargos ante la sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, y de determinación de los hechos y conductas: En efecto, tanto del Acuerdo Final como Acto Legislativo 01 de 2018 se estableció la obligación para dicha Sala la obligación de investigar las conductas, solicitar informes a las autoridades como Fiscalía General de la Nación, organizaciones de víctimas y cualquier información, con miras de comparar con la versión dada por quien pretenda se le conceda dicho beneficio.

En este sentido, se tiene una garantía a conseguir la verdad completa e investigación, juzgamiento de los máximos responsables en estos casos, puesto cuando se verifique que la verdad aportada y aceptación de responsabilidad no sea completa, corrobore con lo

establecido en los informes y previa posibilidad de corrección por el interesado, se envíen las actuaciones a la Unidad de Investigación y Acusación quien determinará si corresponde investigar y juzgar el caso bajo las condiciones de quien no aceptó responsabilidad, asumiendo en caso de hallarse responsable de las máximas sanciones.

Ahora en caso que se verifique que no está completa la información aportada por quien aceptó su participación se le requerirá para que pueda completarlo y en caso, que continúe o se determine que no aportó la plena verdad se remitirá las actuaciones a la Unidad de Investigación y Acusación, quien tiene la función de decidir si hay mérito para continuar, en caso afirmativo, se remitirán las actuaciones a la Sala de Enjuiciamiento quien decidirá de fondo con todas las pruebas y garantizando el debido proceso, en caso de encontrar como responsable al investigado se le aplicaran las sanciones que correspondan a aquellos que nunca hubieran aceptado responsabilidad en el sistema. En tal caso se trata de sanciones que pueden tener una duración máxima de 20 años, consistentes en privación de la libertad en centro carcelario y con la finalidad retributiva.

Ahora, del derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación no se deriva una modalidad específica de privación de la libertad. En efecto, el Acuerdo Final estableció la sanción de privación efectiva de libertad que puede entenderse referida a medidas tales como las de monitoreo, supervisión, limitación del espacio geográfica del territorio, a cumplir las medidas restaurativas, y determinación de la autoridad encargada de vigilar las sanciones permiten garantizar la ejecución de la pena, garantizándose con ello el castigo, so pena de perder los beneficios otorgados y bajo un estricto cumplimiento de las medidas restaurativas centro del paradigma de la justicia aplicada al proceso de transición.

Por otra parte, frente al derecho a la reparación de las víctimas se verifica que el Acuerdo Final consagra la obligación al Estado de velar por la reparación lo cual si bien se podría considerar un poco genérica, en todo caso implica el deber de garantizar la formulación y ejecución de una política pública que incluya los recursos, instituciones y medios para poder controlar, apoyar y llevar que las medidas restaurativas impuestas por parte de la Justicia Especial para la Paz.

Este derecho a la reparación mencionado en varias sentencias de la Corte Constitucional pero en especial en la C-579 de 2013 en sus componentes de rehabilitación, reparación y

restitución, se garantiza al menos en el plano jurídico con las medidas consagradas en el punto 5.1.2 del Acuerdo final en zonas rurales, primero en la obligación de los beneficiados de participar de los planes de reparación a campesinos desplazados, protección ambiental, rehabilitación de esos espacios que se vieron perjudicados por el conflicto como colegios, viviendas, vías, puentes, acueductos, etc.

Así mismo se consagraron planes para la no repetición tales como el trabajo en sustitución de conflictos ilícitos, recuperación ambiental, planes de desminado, y la construcción de toda infraestructura tendiente al mejoramiento de la calidad de vida de los campesinos, y permitir la sustitución de cultivos ilícitos por lícitos para evitar dicha fuente de financiación de grupos criminales.

Por su parte, en las zonas urbanas el Acuerdo Final, con el fin de garantizar el derecho de la no repetición, establece como una obligación la participación de los beneficiados con dicha justicia transicional que cumplan su privación efectiva de la libertad en zonas urbanas, en la construcción de obras públicas como escuelas, centros de salud, viviendas, así como la ejecución de programas de acceso a agua potable, redes de saneamiento.

Por último, para garantizar la no repetición en zona urbanas se establecieron planes de desminado, erradicación de explosivos, municiones sin explotar. Todo lo anterior constituyen medidas que podrán permitir garantizar las medidas de verdad, reparación y garantías de no repetición a través del paradigma de la justicia restaurativa que se consagró para los máximos responsables de las violaciones a los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario en especial convención de Ginebra de 1949, Protocolo adicional II de 1977 y Tratado de Roma de 1998, que acepten voluntariamente responsabilidad y aporten la verdad completa ante la Sala de Aceptación de Responsabilidad.

8 Conclusiones

Partiendo de la premisa metodológica de considerar que existen múltiples clases de justicia, dependiendo del área de la vida en que se den como el económico, moral o jurídico, se estudiaron en el texto los presupuestos, fines, conceptos y mecanismos de la de justicia

transicional, la cual fue aplicada en el contexto colombiano para dar tránsito de la confrontación armada entre el Estado y el grupo armado FARC-EP, a un estado de diálogo político y búsqueda que reconciliación nacional.

Igualmente se realizó un recuento histórico de los principales conflictos donde existió un proceso de transición y de los principales tribunales de justicia especiales con el fin de analizar si del contexto histórico y del Derecho Internacional se derivan obligaciones para los Estados respecto de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, a lo que se concluyó que de aquellos, del Tratado de Roma de 1998 y los Convenios de Ginebra únicamente se deriva la obligación de legislar sobre las graves faltas, e investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables, sin que se establezca un criterio único o determinado de cuál es la sanción o pena que se deba imponer.

Como se analizó la justicia transicional está compuesta por la justicia penal o el componente de la investigación, juzgamiento y sanción de conductas delictivas en el contexto del conflicto, una justicia histórica o de búsqueda de la verdad que constituye por una parte un derecho de las víctimas y por otra una obligación Estatal, y el componente de justicia Restaurativa que busca la aplicación de un paradigma diferente la solución al conflicto, la reparación y la no repetición del hecho.

Ahora cada uno de los componentes de la justicia transicional está dirigido a garantizar por parte del Estado que frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y crímenes de lesa humanidad se hagan efectivas la justicia, la verdad, la reparación y garantía de no repetición del hecho frente a las víctimas individualmente consideradas y también como colectividad.

Frente al primer componente, esto es la justicia penal se indagó si de los tratados internacionales de la Convención de Ginebra de 1949, el Protocolo adicional II de 1977, el Tratado de Roma de 1998 se derivaba para los Estados parte alguna obligación de imponer determinada pena para considerarse que no existía impunidad, así mismo se revisaron casos de Tribunales de Justicia AD-HOC concluyéndose que el mandato no establece una sanción específica, pero si la obligación clara y expresa de investigar a fondo, juzgar y condenar a los principales responsables de las violaciones más graves en casos de violaciones graves a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Así que, en principio, el Acuerdo final de 2016, específicamente en lo relativo a los casos de aceptación temprana de responsabilidad por delitos graves no susceptibles de amnistía e indulto regulado en la Ley 1820 de 2017 o por la Sala de Amnistía e indulto de la Justicia Especial para la Paz se encuentra conforme a los estándares internacionales frente al tópico de castigo, especialmente si consideramos lo establecido por la Sentencia C-579 de 2013 en cuanto a la excepción especial en los eventos de aplicación de la justicia transicional de aminorar la severidad del castigo.

Ahora esa misma sentencia de Constitucionalidad, las obligaciones derivadas del Tratado de Roma de 1998 frente al interés y voluntad del Estado de investigar, juzgar y condenar a los máximos responsables de graves violaciones a los Derechos humanos y el Derecho internacional Humanitario establecen que se debe garantizar a las víctimas que, mediante la aplicación de esa justicia restaurativa, se logre la verdad, reparación y garantía de no repetición.

Por lo que en segundo lugar, el trabajo propugnó por contestar si las medidas restaurativas garantizaban dicha obligación del Estado de brindar verdad, reparación y no repetición, para lo cual se realizó un recuento de los principios consagrados en el Acuerdo Final de paz, las normas transitorias del Acto Legislativo 01 de 2017 y la Sentencia C-579 de 2013, concluyendo que se encuentra la consagración constitucional y normativa para ello, pero que se requerirá que en la regulación de la Ley Estatutaria de la Justicia Especial para la Paz que fuera objetada en seis puntos por el Presidente de la República, se den mayores elementos específicos y consecuencias concretas y claras, con además regulaciones de plazos y procedimiento detallado para garantizar el cumplimiento de cada una de dichas condiciones.

Así mismo, la Justicia Especial para la Paz se verá enfrentada al reto, frente a macro casos de investigación que comprende muchos actores, miles de víctimas y una gran cantidad de información que verificar tanto aportada por las organizaciones de víctimas, entidades estatales como la Fiscalía General de la Nación y la aportada por quienes se quisieron aceptar tempranamente dichos delitos con miras a recibir unos beneficios, de presentar resultados pronto y oportunos de decisiones judiciales de responsabilidad de máximos responsables, y de ser muy estrictos en garantizar que quienes se beneficiaron cumplan las obligaciones o se

pierdan los beneficios, legitimando la oportunidad de justicia del Acuerdo Final, y garantizando.

En tercer y último lugar se puede concluir que si bien se encuentran el marco general en el Acuerdo Final, la norma Constitucional en el Acto Legislativo 01 de 2016 y Acto Legislativo 01 de 2017, es esencial que se pueda dar trámite a la Ley Estatutaria de Creación de la Justicia Especial para la Paz y que en la implementación a través de las leyes de procedimiento y funcionamiento se concrete las obligaciones, los plazos, el procedimiento para verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios por aceptación temprana de cargos, garantizando para las personas que se sometan el debido proceso, el principio de legalidad pero también los derechos a las víctimas a obtener la verdad completa, la reparación pronta y oportuna y se garantice so pena de graves sanciones la no repetición de dichas violaciones a los derechos humanos, y al Derecho Internacional Humanitario.

Bibliografía

JOINET, L. (1996). LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD DE LOS AUTORES DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. ONU.

ONU. (2005). RESOLUCIÓN 60/147 DE 2005. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BASICOS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS.

TEITEL, R. (2000). TRANSITIONAL JUSTICE. (U. E. COLOMBIA, Trad.) OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS.

TEITEL, R. G. (2016). GLOBALIZING TRANSITIONAL JUSTICE. OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS.

ZEHR, H. (2007). EL PEQUEÑO LIBRO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. GOOD BOOKS.

JURISPRUDENCIA

C-379, S. (18 de JULIO de 2016). SENTENCIA CONSTITUCIONAL 379 DE 2016. BOGOTÁ, COLOMBIA.

C-579, C. C. (28 de AGOSTO de 2013). SENTENCIA CONSTITUCIONALIDAD C-579 DE 2013. M.P JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Bogotá, Colombia.

C-715, C. C. (13 de SEPTIEMBRE de 2012). M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. SENTENCIA C-715 DE 2012. BOGOTÁ.

C-771, C. C. (13 de OCTUBRE de 2011). SENTENCIA C-771 DE 2011. BOGOTÁ.

NORMATIVIDAD

ACTO LEGISLATIVO 01. (04 de ABRIL de 2017). BOGOTÁ, COLOMBIA.

ACUERDO FINAL DE PAZ. (24 de NOVIEMBRE de 2016). ACUERDO DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO DE COLOMBIA Y LAS FARC-EP. BOGOTÁ.

CONVENIOS DE GINEBRA. (12 DE AGOSTO DE 1949). *CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949*. GINEBRA.